

Rechtskultur ist eine Zeitschrift mit europäischem Charakter.
Rechtskultur is a journal with a definite European character.
Rechtskultur est une revue à caractère européen.

Rechtskultur ist strikt themenbezogen.
Rechtskultur is strictly by theme.
Rechtskultur est une revue thématisée de manière stricte.

Rechtskultur ist transdisziplinär ausgerichtet.
Rechtskultur is a transdisciplinary endeavour.
Rechtskultur est une revue axée sur une approche interdisciplinaire.

ISBN: 978-3-86646-427-8



9 783866 464278

Strafrechts- und Kriminalitätsgeschichte / History of crime and criminal law / Histoire du droit pénal et de la criminalité

Rechtskultur 3

Rechtskultur 3

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte
European Journal of Legal History
Journal européen d'histoire du droit

Strafrechts- und Kriminalitätsgeschichte
History of crime and criminal law
Histoire du droit pénal et de la criminalité

Xavier Rousseaux Histoire du crime et de la justice criminelle en Europe	S. 1
Yolanda Quesada Morillas Una institución medieval de posible origen germánico para la resolución de la querella por rapto: El media- nedo en los fueros municipales	S. 15
Daniela Kraus Die Kettenstrafe im Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813	S. 22
Urs Hausmann Ein Mord im Ostschweizer Bauernmilieu der 1920er-Jahre	S. 30
Carolin Stenz „Demokratisierung“ des Strafprozesses? Der „Lügendetektor“, der Entlastungsbeweis und die Reform des Strafverfahrensrechts zwischen Demokratisierung und Liberalisierung (1975-1983)	S. 47
Arnd Koch und Julia Siebenhüter Von der Todesstrafe zum Freispruch. Die „Penzberger Mordnacht“ vom 28./29. April 1945 und die westdeut- sche Nachkriegsjustiz	S. 58
Christiane Grieb U.S. War Crimes Investigations and Army Intelligence Interests during Cold War Politics in Germany 1945- 1947: The Mittelbau-Dora Case	S. 69
María José Jiménez Díaz Los delitos de desacato en los Códigos penales históricos: claves para su despenalización en el vigente Código Penal español de 1995	S. 82
Lukas Gschwend Rapport de synthèse: Einige Überlegungen zur Strafrechtsgeschichte im 21. Jahrhundert	S. 98
Heikki Pihlajamäki Debatte/debate/débat: Under Pressure: Law Schools and Legal Education	S. 101

Herausgeber: Ignacio Czeguhn - Lukas Gschwend - Dirk Heirbaut - Martin Löhnig - Antonio Sánchez Aranda

Edition Rechtskultur

Histoire du crime et de la justice criminelle en Europe

Xavier Rousseaux

Depuis les années 1960, le crime est étudié en perspective historique. Dans le cadre du rapprochement épistémologique entre histoire et sciences sociales, s'est développée une histoire du crime et de la justice criminelle au carrefour entre criminologie critique, histoire sociale et politique, histoire du droit et anthropologie sociale et culturelle. Celle-ci a mis l'accent sur le poids des constructions et des expériences du passé dans les configurations actuelles du crime et les modalités de son contrôle. Cette contribution veut présenter quelques apports de cette histoire du crime et s'interroger sur le dialogue entre l'histoire et les sciences sociales du droit (anthropologie juridique, sociologie du droit, criminologie). Observer le passé pour lui-même est porteur d'un pouvoir de compréhension du présent, pouvoir garanti par la distance temporelle. Le recours aux archives permet de dépasser les pièges du discours officiel ou médiatique, de dater l'origine d'une idée ou d'une pratique. L'intérêt pour la chronologie obéit à une double préoccupation: mesurer les changements (discontinuités) et repérer la part du passé dans le présent (continuités). Enfin, la synthèse historique tente d'articuler les grands débats sur le crime et de son contrôle avec la variété des situations temporelles et locales, en intégrant la critique des émotions et des interprétations d'époque données par les protagonistes du crime et de son contrôle (criminels, victimes, policiers, juges, journalistes, experts).

L'option choisie a été de présenter les lignes de force de cette histoire criminelle européenne dans la longue durée. A l'échelle européenne, les travaux restent largement nationaux; impossible d'en dessiner un paysage complet en quelques pages. A partir de travaux menés dans quelques pays d'Europe occidentale, l'histoire du crime et de la justice criminelle sera explorée en trois étapes. Le fil conducteur l'exposé est la conception pluraliste du temps de l'historien Fernand Braudel. La chronologie n'est pas une succession d'époques révolues mais une stratification successive de temporalités. Au temps millénaire de l'histoire anthropologique et culturelle de l'Occident succède le temps moyen des structures économiques et le temps court des secousses politiques. Après une mise en perspective de longue durée (1300-1750) (1), on abordera les mutations des deux derniers siècles (1750-1950) (2) et l'impact particulier à l'Occident des expériences de domination (1830-1950) (3). Pour chacune de ces périodes, on se concentrera sur la description des changements et sur les débats interprétatifs autour de quatre axes. Les définitions et les perceptions du crime (a.), la détection du crime et ses acteurs (b.) les institutions et les processus de réponse au crime (c.), le système pénal et ses enjeux de société (d). Les questions d'après-guerre, familières aux spécialistes de sciences sociales, seront brièvement évoquées en clôture (4).¹

¹ Ce texte constitue la version remaniée et développée, notamment

I. Long-Term criminal culture in Europe (1300-1750)

L'analyse en longue durée est indispensable pour comprendre les racines de l'histoire du crime en Europe. A commencer par l'histoire approfondie des mots utilisés pour parler du crime.

1. Représentations du crime

La définition des crimes trouve ses fondements dans les droits antiques, en particulier le droit romain. Ce dernier survécut à la chute de l'Empire romain au travers des institutions ecclésiastiques et connut une renaissance grâce aux juristes italiens du 12^e siècle. Au 13^e siècle, le développement des pouvoirs souverains (Papauté, monarques anglais et français) conduit à une recomposition des discours sur le crime et des dispositifs normatifs. Ravivé par les juristes de Bologne, le droit romain structure aussi bien la bureaucratie papale que les chancelleries royales. Dans nombre de communautés locales, les coutumes héritées des invasions germaniques subsistent, tandis que les communautés urbaines s'affranchissent du pouvoir brutal des seigneurs féodaux pour fonder des espaces juridiques autonomes.

Les coutumes locales définissent peu le crime mais se bornent généralement à une notion de crimes « graves » ou « capitaux » passibles de la mort: l'homicide, le vol, le viol, l'incendie... Le droit canon s'articule autour des concepts de péché et de crime en développant une dimension pénitentielle. Quant au droit romain revisité par les juristes médiévaux, il met en avant la notion de crime de lèse-majesté. Celle-ci sera étendue en 1199 à l'hérésie, pour comporter alors une dimension religieuse (blasphème, hérésie, dissidence, sorcellerie). Dans la pratique des tribunaux, la qualification de crime est davantage liée à la procédure suivie qu'à la nature du comportement incriminé: est un crime le comportement passible de la procédure criminelle, qui autorise le secret de l'instruction, la torture et les peines corporelles.

Avant 1300, la réalité des infractions traitées par les multiples juridictions est peu connue faute de sources de la pratique. A partir de 1300, juridictions souveraines et tribunaux urbains ont produit des documents en série. La violence physique représente le problème majeur, concrétisé par les taux estimés d'homicide élevés pour 1300-1500 (20 à 40/100000 habitants). Violences sexuelles, vols et crimes religieux paraissent minoritaires. Quant aux perceptions du crime, elles sont difficiles à cerner. (Eu-

du point de vue bibliographique d'une contribution parue sous le titre « A history of crime and criminal justice in Europe », in *Handbook of European Criminology*, Sophie Body-Gendrot, Klara Kezsi, Michael Hought, René Lévy, Sonja Snacken (ed.), Routledge, 2013, pp. 38-54. Je remercie les éditions Routledge de m'autoriser à publier la version originale française de ce texte. Ce travail a été réalisé dans le cadre du réseau de recherche financé par la Politique scientifique belge BELSPO IAP 7/22 Justice & Populations: the Belgian experience in international perspective (1795-2015).

vres littéraires, chroniques, suppliques de pardon ou ré-cits de procès mettent en évidence les priorités politiques ou les valeurs au centre du conflit médiéval: horreur de la trahison politique, l'importance de la réputation (fama) et de l'honneur et la honte masculin et féminin, les ambivalences de l'errance...

La première modernité (1450-1650) se caractérise par une mutation de la notion de crime. Celui-ci devient l'objet de discours de juristes et de textes normatifs généraux. Le crime est considéré comme une menace majeure contre laquelle la société doit réagir. Le crime de lèse-majesté humaine permet de poursuivre toute dissidence politique ou d'opinion comme un crime contre le souverain. Il apparaît davantage lié à la défense de l'Etat. Celle-ci se reflète dans l'émergence de nouveaux crimes et de nouveaux profils criminels, à travers les législations royales et dans les transformations des perceptions du crime. Du côté des pratiques, à côté de l'homicide, la dissidence religieuse, l'errance, la sorcellerie ou les déviances sexuelles (adultère, homosexualité) cristallisent ces nouvelles peurs, stigmatisent de nouvelles figures criminelles (l'hérétique, le vagabond, la sorcière) et font l'objet de poursuites, d'instruction secrètes et de peines sévères.

2. Pluralisme de l'administration de la justice

Avant le 17^e siècle, la police est relativement peu spécialisée. Dans les villes, quelques sergents des tribunaux et contrôleurs du commerce sont épaulés par les jeunes citadins enrôlés dans les milices urbaines. Pour pacifier les campagnes, à partir de 1500, les souverains développent des compagnies prévôtales de police et justice. Ces maréchaussées s'efforcent de chasser les déserteurs et les vagabonds et se limitent à surveiller les voies de communication entre les villes.

Le pluralisme institutionnel caractérise le recours à la justice pour l'Européen médiéval et prémoderne. Selon son statut personnel, il peut s'adresser à un juge local, un tribunal d'arbitres ou de paiseurs, une juridiction ecclésiastique, noble ou militaire, ou un tribunal de corporation; non domicilié, il fait l'objet de la suspicion des juridictions prévôtales. Néanmoins, à partir du 13^e siècle, les institutions judiciaires se spécialisent et développent une bureaucratie écrite. Les pouvoirs souverains et les élites, développent des chancelleries, des Parlements et des cours supérieures. Les villes, dans leur quête d'autonomie, créent leurs juridictions. Au 16^e siècle, les législations royales s'imposent progressivement aux Européens, s'immisçant dans les normes locales, et reléguant dans l'ombre les arrangements entre parties. Peuplées de juristes universitaires, les justices supérieures tentent d'harmoniser les manières de procéder des tribunaux locaux et développent des voies de recours (avis, appel, révision), notamment dans le cadre des « chasses » aux hérétiques ou aux sorcières. Par ces recours, elles tendent à contrôler les multiples tribunaux locaux et répandre la procédure écrite. Vers 1600, les juridictions locales se transforment en tribunaux oligarchiques. Certains sont soumis au pouvoir central (cas des tribunaux français), d'autres récupèrent le modèle princier à leur profit (répu-

bliques oligarchiques de Venise, Genève ou des Provinces-Unies, villes libres germaniques). Dans de nombreuses régions, les communautés locales conservent cependant jusqu'au 18^e siècle l'autonomie en matière criminelle; leurs tribunaux disposent du droit de torturer et de condamner à mort les accusés, sous le contrôle de plus en plus pressant des juridictions supérieures.

3. Négociation et répression

En Europe continentale, l'évolution majeure est le passage d'une procédure à dominante orale et à base négociatrice à une procédure écrite imposée au justiciable. Le durcissement pénal caractéristique de la fin du 15^e et du début du 16^e siècle s'appuie sur la procédure criminelle extraordinaire. Secret de l'enquête écrite, usage de la torture et de peines capitales caractérisent cette procédure qui se développe dans les vagues de persécution des dissidents religieux et des sorcières. Dans les pays latins et leurs colonies, les Inquisitions royales développent une procédure similaire, tout en remettant aux juridictions séculières l'exécution de leurs sentences. Ce durcissement pénal touche également les peines. A la fin du moyen-âge, les peines financières dominaient dans les juridictions ordinaires ou ecclésiastiques sous diverses formes (amende financière, pèlerinage rachetable, amende en cire ou en pierre pour les remparts...). Le durcissement pénal s'accompagne d'un double mouvement: la multiplication des peines capitales exécutées en public (Théâtre des supplices) et le développement de peines stigmatisantes pour les délits ordinaires (exposition, amende honorable, fustigation de verges marque au fer rouge...). Le bannissement devient une forme courante de sanction inférieure à la mort. Les juridictions ecclésiastiques réservent à leurs suppôts des peines spécifiques comme l'enfermement conventuel. Le déplacement affecte les relations entre acteurs du procès. Les victimes disparaissent du règlement qui se focalise sur les accusés.

4. Interprétations: tendances de longue durée, résistances et acculturation

Ce mouvement de rationalisation par l'écriture, de juridicisation (Verrechtlichung) et d'homogénéisation de l'exercice de la justice criminelle en Europe et de répression n'est ni continu, ni généralisé. De nombreuses communautés locales continuent à pratiquer une justice orale, négociée, soumise aux rapports de force locaux. Il importe donc de mesurer à quel niveau d'observation (local, provincial, central) se situe l'analyse et de faire la part entre les discours des élites, les pratiques juridiques et les usages quotidiens des communautés.

Néanmoins, comment expliquer la tendance lourde qui la justice exercée en 1700 rend si différente de celle exercée en 1300 ? Rusche et Kirkheimer y ont vu une explication économique: chaque mode de production étant couplé à un mode de punition, l'émergence du capitalisme entraînant une justice plus sélective envers les individus sans travail. D'autres y ont vu l'effet des transformations du pouvoir en Occident, adoptant Max Weber dans son analyse de l'émergence de l'Etat comme forme du pouvoir distincte du chef charismatique ou du monarque absolu-

tiste. La prétention de l'Etat bureaucratique à la monopolisation de la violence légitime aurait accentué le processus de contrôle par en-haut de la justice criminelle. Pour les souverains, ancêtres des Etats modernes, contrôler la répression mais aussi le pardon du crime, revient à accréditer la légitimité du pouvoir souverain sur ses sujets. Contrôler la sécurité intérieure de l'espace territorial est le pendant de la guerre menée contre les concurrents voisins pour l'établissement de frontières étatiques (Charles Tilly). Mesurée sur la longue durée, cette monopolisation s'est faite au détriment d'autres pouvoirs, les seigneurs féodaux, les institutions ecclésiastiques, les communautés urbaines et villageoises.

Certains préfèrent situer ces transformations au niveau des rapports sociaux. La lecture critique de Michel Foucault met l'accent sur les processus de disciplinarisation des populations européennes par les autorités souveraines. Les travaux des historiens de l'Empire ont insisté sur les confluences entre confessionnalisation et criminalisation notamment en matière de délits religieux, de morale sexuelle ou de sorcellerie). D'autres, inspirés par la théorie du processus de civilisation de Norbert Elias y voient la transformation des mœurs et des sensibilités, sous l'influence des bourgeoisies urbaines. Bien qu'attentives aux effets de cette volonté de pouvoir, ces deux approches sont souvent présentées comme « top-down ». De nombreux chercheurs travaillant sur les archives locales mettent l'accent sur l'initiative des populations dans le recours à des justices plus « rationnelles » et « modernes » et sur le maintien des cultures locales de la régulation jusqu'au 18e siècle.

II. Expériences européennes et justice criminelle (1750-1950)

Du milieu du 18e s. au milieu du 20e s. les réalités du crime et de la justice criminelle subissent de profonds changements dans les sociétés occidentales. Les révolutions agricoles et industrielles, la montée en puissance des bourgeoisies, l'accélération des mobilités géographiques et sociales, l'explosion des avancées scientifiques, la modernisation de l'espace politique et les guerres européennes mettent fin à l'Ancien Régime criminel et pénal. La progressive transformation des monarchies souveraines en Etats nations démocratiques réduit la place des communautés locales dans la gestion du crime et modifie en profondeur la justice criminelle et les conceptions du crime.

1. Justices traditionnelles et nouveaux crimes

Durant ces deux siècles citoyens et autorités politiques s'efforcent de définir les comportements criminels. Le crime fascine non seulement les élites politiques ou intellectuelles mais aussi les citadins. Les uns vont développer des constructions savantes où se confrontent juristes, savants et réformateurs divers. Les autres vont s'abreuver de faits divers et de littérature populaire. Ces représentations nourrissent les débats publics et politiques amenant à modifier la législation criminelle, que ce soit pour la renforcer ou l'adoucir.

Au 18e siècle, en Europe occidentale, les pratiques péna-

les tendant à s'assoupir. Pourtant certains aspects de cette justice font l'objet de vives critiques émanant de différents groupes de la société civile: avocats, réformateurs libéraux, partisans des Lumières ou de l'Aufklärung. Des intellectuels comme Sonnenfels, Beccaria, Bentham, Voltaire, symbolisent cette réflexion critique conduite contre les aspects perçus comme obscurantistes de la justice pénale d'ancien régime: poursuites politiques et religieuses, secret de l'instruction, longueur des procédures, mise à la torture et supplices sur le Continent, manque de professionnalisme des juges amateurs et disproportion des châtiments en Angleterre.

Dans la première moitié du 19e siècle, le développement majeur de la législation porte sur les crimes contre la propriété et l'ordre moral. Le Bloody Code est très différent du Code pénal napoléonien de 1810. Tous deux constituent cependant un programme de sévérité pénale envers les atteintes à la propriété et à l'ordre familial. Néanmoins avec la seconde moitié du dix-neuvième siècle, les législations nationales se multiplient tout en diversifiant les comportements et les auteurs visés. Ainsi les crimes familiaux (infanticide, avortement, crime passionnel, violence domestique) font l'objet de politiques criminelles plus souples et déplaçant la cible judiciaire du criminel vers l'environnement familial et social du crime. D'autre part, les réformes souhaitées en matière de traitement de la délinquance juvénile ou des aliénés introduisent également les expertises spécifiques dans le procès. Ces changements traduisant ainsi les évolutions de la société envers certaines catégories spécifiques de déviants. Ils sont la conséquence des transformations des perceptions sur les causes du crime.

Si entre 1750 et 1850, une conception morale du passage à l'acte criminel domine, les avancées de la médecine et des sciences humaines se manifestent par une conception plus biologique ou sociologique du crime. Les statistiques du crime et des criminels, la multiplication des discours d'experts sur les causes du crime (Quetelet) ou sur le profil du criminel (Lombroso, Lacassagne) renouvellent les débats sur la nature du crime. Vers la fin du 19e siècle, la crainte de la « dégénérescence » et la croyance en l'eugénisme comme pratique correctrice motivent la lutte contre le crime avant que des conceptions plus sociales fassent leur apparition dans le contexte du développement de l'Etat-providence. Ces discours criminologiques se développent dans les interactions entre connaissances scientifiques, structuration institutionnelle et réforme du droit pénal, comme l'a montré Peter Becker dans le monde germanique. Par exemple, dans l'Allemagne de Weimar, la relation entre le développement de la criminologie et l'adhésion croissante aux théories sociales nazies demeure complexe. La politique d'extermination des groupes décrétés criminogènes ou inutiles à la société n'est pas uniquement justifiée par une criminologie qui aurait été « à la botte » du régime. D'autres Etats introduisent des mesures d'élimination physique des criminels. Dans le système français, au cours du 19e siècle, la montée en puissance des experts est patente dans l'activité des tribunaux. La détermination précise des causes de violence rend la présence des médecins-légistes toujours

plus importante dans les affaires d'homicide ou de viol. Cette expertise du corps se double d'une expertise orientée sur la compréhension des ressorts de l'esprit humain. Sur le Continent, vers la fin du 19^e siècle, l'expertise judiciaire se déplace de plus en plus vers l'enquête policière comme le montre l'exemple de la dactyloscopie. L'expertise se mue en police scientifique ou criminalistique vers 1909; elle reste essentiellement liée à la preuve du crime et demeure donc liée à l'accusation c'est-à-dire au parquet et à la police. Au 20^e siècle, l'expansion de l'expertise psychiatrique dans les prétoires met à mal la prééminence des juges sur les experts. La compétition entre juristes et médecins s'accroît pour expliquer les ressorts de l'action criminelle et détermine le traitement à apporter au criminel.

Ces représentations savantes interagissent avec les représentations populaires du crime, véhiculées par la presse, les paralittératures (roman policier) et la figure de l'enquêteur-reporter. Dès le 18^e siècle en Angleterre, puis en France dans l'Empire, les récits populaires, notamment lors des exécutions capitales, renforcent la sensibilité des citoyens sur les dangers du crime et les nécessités de la répression. L'urbanisation et l'industrialisation croissantes provoquent vers les années 1860, l'émergence d'une presse populaire à large tirage. Cette presse influence considérablement l'enquête et le jugement des crimes, par son accent mis sur les affaires sensationnelles et les scandales. Plus encore, la presse contribue à construire les menaces et à renforcer l'insécurité en mettant l'accent sur les échecs des enquêtes. En parallèle au développement de l'enquête policière et de l'enquête dans les sciences sociales, les journalistes investigateurs développent les ressorts de l'enquête dénonciatrice, en plongeant notamment dans les bas-fonds des milieux criminels ou dans les pratiques de la justice. À côté des policiers, des avocats, des experts et des juges, les journalistes contribuent désormais à la construction de l'image du crime et du criminel.

De 1750 à 1950, le noyau traditionnel des appareils judiciaires d'ancien régime (cours et tribunaux) se complexifie en amont avec la création d'appareils policiers et de poursuite bureaucratisés et en aval par le développement d'administrations pénales (essentiellement pénitentiaires) et de prise en charge post pénale (probation). Le filet pénal s'étend et se structure face aux modes de régulation des communautés locales.

2. Le triomphe des polices

Sociologues et philosophes de la police l'ont mis en évidence: la police doit se penser à partir de ses pratiques et chaque Etat moderne compose un paysage policier autour de trois fonctions principales: une police d'ordre, une police criminelle ou une police de proximité. Ainsi coexistent souvent des polices communautaires locales, une police civile ou militaire d'Etat et des embryons de police criminelle spécialisée.

a. Police criminelle

Au 18^e siècle, le travail policier tend à s'autonomiser de celui de la justice. Dans le système anglais, l'initiative de

la poursuite du crime repose largement sur les victimes. Celles-ci suscitent ou mobilisent des détectives pour mener les enquêtes. En France, un des débats de la Révolution à l'Empire porte sur le démantèlement de la police d'ancien régime et la recreation d'une administration de la poursuite autour des polices et du parquet. Soumises aux parquets, les polices se professionnalisent en distinguant la police administrative de la police judiciaire. En matière de recherche des crimes, tant en Grande-Bretagne que sur le continent, l'Etat intervient dans la poursuite, tendant sur le long terme à monopoliser celle-ci autour de la figure du procureur (Staatsanwalt, Director of Public Prosecutions). Présenté comme un fleuron de l'activité policière, la recherche du crime n'en constitue qu'une tâche minoritaire. Celle-ci mobilise cependant au 19^e et 20^e s, les expertises des nouvelles sciences du crime (dactyloscopie, expertise biologique) et conduit à internationaliser l'activité policière notamment grâce à une presse spécialisée dans l'échange des signalements.

b. Polices urbaines et rurales

Cette prise en charge de la poursuite par l'Etat s'appuie sur une professionnalisation des polices dans les grandes villes. Si l'historiographie a souvent opposé le modèle anglais d'une police décentralisée et le modèle français d'une police nationale, en réalité, la Metropolitan Police londonienne (1829) fonctionne comme une police d'Etat, tandis que la majorité des villes françaises connaissent des polices municipales jusqu'en 1941. Dans la majorité des villes européennes, la police multiplie les tâches de contrôle bureaucratique sous l'égide des élites locales, augmentant ainsi la pression de l'Etat sur la vie communautaire. En revanche, dans les campagnes les troubles de la fin du 18^e s et les guerres perturbent la police rurale. Sur le continent les maréchaussées d'ancien régime sont modernisées durant les conquêtes napoléoniennes sur le modèle de la gendarmerie nationale puis impériale. Comme l'a montré Clive Emsley, ce modèle de police militaire centralisée constitue un puissant vecteur de développement de l'Etat dans sa politique de pacification des campagnes, jusqu'alors moins contrôlées par les Etats. La gendarmerie française inspire les gendarmeries bavaroise, austro-hongroise, piémontaise, espagnole, néerlandaise, belge et nord-irlandaise. Entre 1850 et 1950, partout en Europe, le maillage du contrôle étatique des campagnes par les militaires se densifie, provoquant des reports croissants de conflits locaux vers les tribunaux. Durant l'entre-deux-guerres, la démilitarisation de ces gendarmeries fait débat. Fin du 20^e siècle, la plupart des pays optent pour une démilitarisation de ces polices nationales et leur transfert sous la tutelle du ministère de l'Intérieur.

c. Police de sûreté et internationale policière

Autre fonction de la police, le maintien de la Sûreté de l'Etat. Ces polices de Sûreté se développent par la répression des troubles ouvriers dans les bassins industriels, et dans la lutte contre les socialistes et les anarchistes au 19^e siècle. L'internationalisation des mouvements ouvriers entraîne le développement de l'internationale policière en parallèle avec la nationalisation des Etats. C'est ainsi

que la Commission internationale de Police Criminelle, ancêtre d'Interpol se dote après la première guerre mondiale de fichiers sur le banditisme, les trafiquants de drogues, d'armes, les proxénètes, mais aussi les leaders syndicaux et politiques des principaux pays européens. Ajoutons encore en réponse à la croissance de la mobilité intra et internationale, le développement des polices spécialisées: police de mœurs dans les métropoles, police des chemins de fer, des frontières, polices maritimes et aériennes et bien entendu la police criminelle. Le développement parallèle de polices privées traduit d'une part les préoccupations croissantes de la société « civile » et de l'autre l'évolution des priorités étatiques en matière de protection des citoyens.

3. Les tribunaux entre société et Etat

Les révolutions de la fin du 18^e siècle provoquent un fort renouvellement des magistratures issues des pouvoirs locaux. La professionnalisation des magistrats via l'entrée massive des juristes dans les cours et tribunaux n'empêche pas les justices de rester dominées par les intérêts locaux. L'Angleterre présente le laboratoire le mieux étudié sur les pratiques des juges. Dans les années 1790, plus de 80 % des poursuites criminelles y sont initiées par les victimes elles-mêmes. Sur le continent, les études sur les juridictions, en particulier celles mises en place par la Révolution française, mettent en évidence une participation croissante des élites locales via les jurés à la justice et l'embourgeoisement de ces élites durant le premier 19^e siècle avant leur progressive démocratisation à partir de la fin du 19^e siècle. Sur le long 19^e siècle, les tribunaux deviennent des institutions rationalisées, menées par un personnel professionnalisé et usant de pratiques bureaucratiques.

Qu'en est-il des pratiques de ces tribunaux ? L'urbanisation de l'Europe occidentale a suscité l'intérêt des historiens. Ainsi Eric Johnson interroge-t-il la relation automatique relevée par les contemporains entre urbanisation et crime dans l'Allemagne impériale sans pouvoir établir un lien mécanique entre les deux phénomènes alors que Jean-Claude Farcy met en cause la violence plus grande des migrants ruraux à Paris fin 19^e siècle. De plus les chercheurs mettent en évidence le poids des filières institutionnelles dans le traitement des contentieux pénaux. Les chercheurs se sont essentiellement penchés sur les juridictions criminelles et les infractions les plus graves (felonies en Angleterre, crimes en France). La représentativité de ces institutions a été mise en cause, en raison des mécanismes d'évacuation des nombreux crimes par l'appareil judiciaire vers des juridictions inférieures. Récemment, ces dernières ont attiré l'attention. Les chercheurs ont remarqué le transfert progressif d'infractions graves des juridictions les plus importantes (cours d'assises ou Assizes sessions) vers des juridictions médianes comme les tribunaux correctionnels en France ou en Belgique ou les quarter sessions ou les petty sessions en Angleterre. Ce phénomène d'extension du « filet pénal » par déqualification des infractions est particulièrement mis en lumière en France et dans le Benelux.

Pour le monde rural, les pratiques des tribunaux pénaux ont servi à dresser le portrait de phénomènes comme la violence rurale, les violences sexuelles ou l'infanticide. Quant à saisir les pratiques au niveau local, c'est l'objet de recherches plus anthropologiques menées sur les « justices de village ». La justice pénale fonctionne comme un espace de négociation du conflit entre individus, familles et groupes; le rôle des femmes par exemple est mis en évidence. Les travaux de Regina Schulte sur la Bavière, d'Anton Blok sur la Sicile, de Steven Wilson sur la Corse et François Ploux sur le Quercy confirment le double visage de la justice étatique au village. Une justice écrite manipulée par les parties dans un contexte de valeurs communautaires et d'intérêts locaux, mais qui s'impose néanmoins progressivement à partir des années 1860-1880 comme un interlocuteur incontournable, forçant le village à s'intégrer dans la communauté nationale en formation. Les recherches pointent aussi une intégration différente à l'Etat national au Nord et au Sud de l'Europe. Les pays de la façade atlantique présentent une fusion plus précoce entre société et Etat alors que les pays du Sud et de l'Est offrent davantage un profil de confrontation entre un Etat perçu comme étranger et une société très impliquée dans l'autorégulation de ses conflits (banditisme, vendetta, crimes d'honneur...).

Par ailleurs, l'étude des décisions de ces tribunaux souligne le développement de la pression étatique dans le paysage social. Alors que la sentence sous l'ancien régime était une fin exceptionnelle du procès, les juridictions de masse, précédées d'un classement sans suite des parquets, produisent de plus en plus d'archives et de décisions. Vers 1880, les taux de condamnation pour les affaires jugées atteignent 70 % à 80 % devant les tribunaux correctionnels. L'amende et surtout l'emprisonnement deviennent des sanctions systématiques, produisant une population pénitentiaire massive dans l'ensemble de l'Europe, tandis que les politiques de classement sans suite par les parquets étendent le contrôle de l'Etat sur des populations de plus en plus larges.

4. Le corps et l'âme: peines corporelles et incarcération

Un autre changement majeur durant ces deux siècles affecte le système des peines. Des années 1750 aux années 1850, deux mouvements liés traversent les sociétés occidentales. Le déclin des châtiments corporels publics (bannissement, transportation, peine capitale) et le développement de l'emprisonnement pénal. Les travaux des historiens ont porté sur les causes de l'émergence de la prison à la fin du 18^e siècle. L'historiographie plaide pour une approche multidimensionnelle de cette montée de l'emprisonnement reflétant les multiples changements traversés par la société occidentale. L'essor de la prison pénale traduit tout à la fois la transformation des rapports économiques au 18^e s., par l'industrialisation, mais également la transformation des modes de gouvernance par une disciplinarisation bureaucratique dans les Etats nations en voie de démocratisation, et enfin les changements des sensibilités, des conceptions du corps et des représentations du crime.

Si les origines du système pénitentiaire ont été bien étudiées, notre connaissance de l'archipel carcéral entre 1850 et 1950 reste fragmentaire. Partout en Europe, la période 1850-1950 se caractérise par un traitement pénal et social des criminels condamnés. Les administrations pénitentiaires, certains établissements ou certaines populations comme les femmes, les détenus politiques et les mineurs ont attiré l'attention des chercheurs. Dans le dernier tiers du 19^e siècle, la prison victorienne ne diffère guère de la prison républicaine en France: les détenus sont souvent les exclus et les marginaux des classes laborieuses; le traitement disciplinaire y est sévère pour les pauvres. En pleine crise économique, en 1885, les multi-récidivistes français sont écartés de la métropole par la transportation ou le bagne ce jusqu'au cœur du 20^e siècle. En Allemagne comme dans le Benelux, la prison se développe dans la seconde moitié sur le modèle de l'enfermement cellulaire. Dans ces pays, un vaste programme de construction de pénitenciers dans les années 1870-1890 n'empêche pas la prise de conscience de l'échec de l'enfermement. Vers la fin du siècle la question sociale émerge lors des grandes crises des années 1873-1896; dans nombre de pays l'interventionnisme croissant de l'Etat dans le traitement du crime s'appuie sur des groupes de pression privés. Au tournant du 20^e siècle, la rénovation du système pénitentiaire viendra des tentatives d'individualisation de la peine et de l'introduction des nouvelles sciences du crime (anthropologie criminelle) dans les prisons et les institutions pour mineurs. Ce mouvement s'accroît après la seconde guerre avec les entreprises de resocialisation des partisans des régimes totalitaires, notamment les responsables fascistes ou nazis et leurs collaborateurs dans les pays d'Europe occupée.

La correspondance entre mode de production et d'organisation économique et sociale et mode de punition et d'exclusion sociale est un paradigme séduisant pour expliquer les évolutions de la privation de liberté. Cette correspondance n'est pas directe mais elle est médiatisée par les idées philanthropiques et pénales comme le démontre Robert Roth dans son étude pionnière sur la prison de Genève au 19^e siècle. Son modèle s'applique à bien des situations: la prison suit un modèle agraire jusque dans les années 1860, est contaminée par le modèle industriel (1870-1920), puis tertiaire (1920-1970), avant de subir la crise du modèle tertiaire dans les années 1970, en phase avec la crise économique fragilisant le Welfare State....

Les sociologues ont mis en évidence que système de sanction se développe autour de fonctions normalisatrices, correctionnelles et ségrégatrices (David Garland) sous l'influence des premières criminologies qui déplacent l'intérêt des actes criminels aux criminels eux-mêmes. La question de la délinquance juvénile est un exemple de ces avec la multiplication de prises en charges alternatives à l'enfermement (probation) dans les différents pays occidentaux entre 1890 et 1914. S'appuyant sur l'évolution des connaissances scientifiques et médicales et le laboratoire social constitué par les populations détenues, l'anthropologie criminelle développe une réflexion

qui se focalise sur la dégénérescence des races. Ainsi le développement des alternatives à la prison peut être interprété comme un progrès humanitaire mais aussi comme une recomposition des méthodes de contrôle des populations pauvres. La prison s'inscrit dans l'archipel des institutions totales (asile, école, hôpital) pour séparer, classer et si possible traiter les maux de populations différentes: (jeunes, femmes, vagabonds, alcooliques, petits criminels, aliénés, migrants étrangers). De ce fait, elle constitue un véritable mode de gestion des populations: un biopouvoir (Foucault).

5. Interprétations: L'administration de la justice, l'Etat et la société

Extension du contrôle policier, rationalisation des pratiques de justice, étatisation de la peine constituent trois vecteurs d'une modernisation de l'appareil de régulation sociale dans les Etats occidentaux. Les interprétations divergent sur le pilotage, l'éclectisme ou l'effectivité de ces tendances selon une vision conflictuelle ou plutôt consensuelle du crime. Il semble acquis, que les appareils pénaux ne sont pas des outils monolithiques aux mains des classes supérieures pour opprimer les classes populaires ou leur imposer une culture de classes moyennes comme l'affirme les théories conflictuelles. Des secteurs comme la régulation des conflits du travail et du commerce semblent bien profiter aux classes possédantes, alors que d'autres traitent avec plus ou moins d'équité accusés bourgeois, ouvriers et paysans comme le prétendent les théories consensuelles du crime. La composition des appareils reflète la lente démocratisation des sociétés occidentales (pluralisme politique, intégration des femmes et des minorités ethniques). Enfin, l'étude des trajectoires de vie des individus apporte une vision complexe sur la place de la peine dans le destin d'un individu condamné pour crime. Les travaux des historiens mettent désormais en évidence les intérêts variés et les contraintes locales et temporelles qui expliquent le fonctionnement d'une institution policière, d'un tribunal ou d'une institution pénale.

Malgré ces nuances, force est de reconnaître que jusqu'à la fin du 20^e siècle, les classes supérieures urbaines et les notabilités rurales échappent largement au contrôle policier, aux jugements criminels et aux peines d'emprisonnement, à la différence des populations pauvres et migrantes. En fin de processus, la prison demeure le kyste majeur de la régulation sociale des conflits au début du 21^e siècle. Discipliner, classer, punir, traiter, resocialiser, incapaciter: les fonctions de l'enfermement forcé dans les sociétés contemporaines évoluent mais ne diminuent pas. Pas plus que ses cibles. Les populations masculines, jeunes et migrantes demeurent les objets privilégiés des politiques d'enfermement en Europe, ce qui explique l'incapacité de sortir du recours à la détention dans les débats sur le traitement de la délinquance des jeunes hommes.

III. 1830-1990: Colonialisme, dictatures et occupations militaires et justice criminelle

On oublie souvent que les nations européennes sont traversées durant la seconde moitié du 19^e siècle et la première moitié du 20^e siècle par deux expériences de régime autoritaire: les entreprises coloniales (1830-1960) et les guerres d'occupation (1914-1950), lesquelles se superposent avec la montée en puissance de régimes totalitaires dans certains pays (1918-1989). Ces deux expériences présentent des caractéristiques comparables en matière de crime et justice. Les légitimités régulatrices se superposent (colonisateurs, dictateurs ou occupants, sociétés colonisées, ou occupées). Les colonisateurs, les partisans des régimes autoritaires et les occupants usent de police et de justice d'exception (militaires), de procédures d'exception (torture, emprisonnement sans décret), pratiquent l'exercice de peines spectaculaires, publiques et corporelles. Les populations dominées (colonisés, opposants ou occupés) sont intégrées dans l'appareil des dominants. L'ironie veut que, dans la première moitié du 20^e siècle, sur le Continent les acteurs de la domination coloniale deviennent à leur tour les victimes de la domination militaire lors des guerres mondiales.

Déjà l'expérience des guerres napoléoniennes s'était accompagnée de la création de justices d'exception doublant la justice ordinaire. Le développement des polices militaires, la modernisation des tribunaux militaires et leur usage envers les civils lors des troubles contrerévolutionnaires, le contrôle gouvernemental sur les tribunaux, les magistrats et les jurés, le développement de peines et de mesures administratives sévères (bagne, déportation). Les conquêtes coloniales des nations européennes s'appuyèrent largement sur ces instruments d'exceptionnalité (polices militaires, tribunaux spéciaux, déportation). Les régimes autoritaires firent un large usage des ces instruments et les deux guerres mondiales (1914-1919 et 1940-1945) marquèrent durablement de leur empreinte les appareils de contrôle social en étendant les mesures d'exceptionnalité notamment lors des occupations de longue durée.

1. Domination et construction du crime

La colonisation introduit des changements dans la conception et des politiques de judiciarisation des crimes. Les législations mises en place par les pays colonisateurs (Grande-Bretagne, France, Allemagne, Italie, Portugal, Pays-Bas, Belgique) distinguent les normes applicables aux Européens et aux colonisés. Ces discriminations sont justifiées par un discours d'hierarchisation raciale parfois exprimé en termes évolutionnistes. Les travaux récents ont mis en évidence combien les colonisateurs ont tenté d'interdire certaines pratiques propres aux indigènes (ex. la sorcellerie en Afrique, la polygamie, le nomadisme) en les interprétant dans le cadre occidental. D'autres recherches ont montré combien les crimes des colonisés contre les Européens étaient particulièrement réprimés, surtout en matière de violence (homicide et agressions sexuelles de femmes blanches). Plus récemment, des travaux mettent l'accent sur les crimes commis par les colons contre

les indigènes. En Inde, en Rhodésie, au Katanga, la violence des « petits blancs » s'inscrit comme l'expression frustrée d'un rapport de domination colonial. Après la seconde guerre, l'urbanisation des colonies et la montée en puissance d'élites locales occidentalisées entraînent la transformation du contrôle social: comme en métropole, de nouvelles thématiques émergent dans les colonies: l'immigration urbaine, la prostitution, la délinquance juvénile. Enfin, l'ethnisation du contrôle des populations a introduit des barrières et justifié des pratiques d'extermination, par exemple, stigmatisation des tribus brigandes ou des Dacoïts en Inde ou les pratiques génocidaires au Rwanda.

Ces pratiques discriminantes se retrouvent dans les sociétés soumises à la dictature. Tant les régimes fascistes que les régimes communistes reposèrent sur la discrimination entre les fidèles sujets du régime et les ennemis de la Nation, à la différence que la stigmatisation ne reposait pas sur un rapport entre populations d'origine et colons, mais sur des fondements idéologiques. Les politiques raciales imposées par le régime nazi mettant en évidence le lien entre les constructions du crime coloniale et dictatorial.

Les guerres et les occupations favorisent le développement de nouveaux crimes. D'une part, les exactions commises par les militaires contre les populations civiles font l'objet de répression pendant ou après les hostilités; d'autre part les résistances civiles contre les occupants sont fréquemment « criminalisées » comme « actes de banditisme » devant les juridictions des occupants. Après la première guerre mondiale, un premier essai de justice internationale des crimes de guerre échoue à Leipzig (1921). Il apparaît impossible de faire juger les crimes des militaires dans le cadre des législations nationales. La seconde guerre verra le développement des crimes de guerre et l'émergence de nouveaux crimes: les crimes contre l'humanité parmi lesquels le crime de génocide. Considérés comme imprescriptibles, ils deviennent cependant objet d'histoire.

2. Polices coloniales, polices sous occupations

Tant en situation coloniale, qu'en situation d'occupation militaire ou de dictature, le maintien de l'ordre constitue une préoccupation majeure des autorités, dans la mesure du rapport démographique inégal entre les colons/occupants et les colonisés/occupés. La plupart des pays colonisateurs utilisèrent des polices militaires (gendarmeries) ou des unités de l'armée formées au maintien de l'ordre et à la lutte contre les révoltes. Durant l'entre-deux-guerres (1936 en Grande-Bretagne) et après la seconde guerre, ces polices connurent un rapprochement avec les polices métropolitaines: démilitarisation, territorialisation et orientation vers la police administrative et judiciaire. Cette transformation explique la création dans les nouveaux Etats issus de la décolonisation de polices postcoloniales sur le modèle colonial.

En Europe dès les années 1920, les régimes totalitaires appuient leur projet d'encadrement des populations sur des polices de Sûreté. C'est le cas des dictatures fasciste ou franquiste, soviétique et bien entendu du régime nazi

qui s'efforcera de domestiquer les différentes polices et les coordonner, y compris Interpol, durant la guerre. De nombreux travaux ont mis en évidence le fonctionnement ordinaire et extraordinaire des polices sous occupation. Le cas de Bruxelles, sous double occupation allemande en 1914-1918 et 1940-1944, ouvre ainsi la piste à de nouvelles interprétations du contrôle social en période d'occupation. Durant la seconde guerre, les polices locales (Amsterdam, Paris, Bruxelles) ou les polices militaires comme les gendarmes belges, français ou néerlandais ont navigué à vue entre collaboration, attentisme ou résistance à l'occupant, sans oublier leur rôle accru dans la gestion ordinaire des populations occupées. Quant aux polices de l'occupant et leurs acolytes, elles se livrent à des pratiques de torture, justifiées par la lutte contre le « banditisme », c'est-à-dire la résistance au régime occupant. A la sortie de la guerre, les polices sont épurées et réorganisées par les gouvernements, tout en intégrant certaines pratiques issues de la rencontre avec les polices occupantes.

3. Justice ordinaire et extraordinaire

En situation coloniale, le recours aux tribunaux d'exception est motivé par la faiblesse numérique des magistrats et par la nécessité de donner « force » à la loi. Les guerres coloniales menées par les nations occidentales ont accentué le rôle des justices militaires dans la répression, la protection des colons et la disciplinarisation des troupes coloniales. En Europe en revanche, à la fin de l'expérience napoléonienne les Etats nationaux s'étaient efforcés de « civiliser » la justice militaire, en l'alignant sur la justice ordinaire. Refonte des codes de droit pénal et de procédure pénale militaire, introduction de magistrats civils dans les tribunaux, alignement des peines sur les codes pénaux ordinaires et possibilités de voies de recours. La plupart des Etats prévoient cependant un « état de guerre » qui permet aux tribunaux militaires d'un Etat de juger ses propres civils, limite les droits de la défense et réintroduit des peines capitales. Pour cette raison, durant les deux conflits mondiaux, les justices militaires connurent une expansion impressionnante dans leurs compétences comme en nombre d'affaires jugées. En Europe occupée, les tribunaux militaires de l'occupant jugeront des catégories de plus en plus nombreuses de populations civiles (résistants, réfractaires, opposants). Le plus souvent, les droits fondamentaux acquis durant le siècle de démocratie bourgeoise (jugement dans sa langue, défense libre, exercice des voies de recours) furent bafoués par ces juridictions. Enfin, les travaux récents ont mis en évidence l'influence des expériences de la première guerre mondiale sur les pratiques des justices militaires de la seconde guerre, en particulier dans les cas des exécutions de militaires pour mutinerie ou refus d'obtempérer aux ordres. Quant aux régimes autoritaires, ils utilisent la justice ordinaire mais aussi des juridictions extraordinaires pour réprimer les déviances politiques ou écarter les communautés indignes d'appartenir à la nation.

4. Transportation, détention de mass, peine capitale

L'inégalité de traitement des populations coloniales et occupées apparaît clairement dans l'éventail des peines. Les peines corporelles, les exécutions publiques, la prison ou le camp de travail constituent les formes les plus visibles de la domination coloniale. L'usage du fouet ou de la chicote, les exécutions capitales en public, discréditées en métropole, sont répandues aux colonies, dans une logique d'affirmation de la domination coloniale. Ces peines corporelles sont rarement pratiquées sur les Européens, qui bénéficient des droits reconnus à leurs concitoyens métropolitains et que l'administration répugne de dégrader en utilisant à leur égard les traitements réservés aux indigènes. Prisons et camps de travail redoublent la manifestation de la domination économique et politique des colonisateurs. L'usage du travail forcé permet de pallier la faiblesse de l'administration publique et notamment l'entretien des infrastructures ou le défrichement de terres incultes. Durant les guerres, le renforcement du travail forcé mobilise les populations indigènes au service de l'effort de guerre des métropoles. Par ailleurs, la prison est un dispositif clé dans les politiques de gestion des groupes ethniques par le colonisateur. Enfin, l'exil pénitentiaire est intensivement utilisé envers les opposants au régime colonial, notamment durant les deux guerres mondiales et la guerre froide. Il faut attendre les années 1950 pour que les discours et pratiques socialisatrices de la prison métropolitaine (éducation, formation professionnelle, santé...) pénètrent lentement la prison coloniale sans pour autant en effacer les aspects de domination.

Les mêmes phénomènes: publicité des peines corporelles et extension de la prison au travail forcé se retrouvent tant dans les régimes autoritaires qu'imposé à la majorité des populations continentales durant les guerres mondiales sur le théâtre européen. Du côté des peines, on assiste en Europe occupée et parmi les troupes combattantes au retour de la peine de mort, en déclin depuis le 19^e siècle. Durant la première guerre, les justices militaires font l'objet d'une instrumentalisation par les autorités militaires pour maintenir la discipline. Les exécutions de 1915 dans les armées anglaise et française, ou après Caporetto dans l'armée italienne le mettent en évidence. Néanmoins, la justice militaire allemande témoigne d'un autre courant, plus attentif à la condition des soldats (troubles mentaux, démoralisation), ce qui lui sera reprochée par les idéologues nazis. Par ailleurs, l'évolution des justices militaires au 19^e siècle vers des sanctions plus « civiles » comme l'emprisonnement handicape l'effort de guerre durant la guerre de tranchées, d'où la multiplication des compagnies disciplinaires ou correctionnelles dans les armées belligérantes. Du côté des pays occupés, les individus suspects d'espionnage ou de renseignements subissent des peines de déportation dans le pays occupant, voire pour plusieurs centaines d'entre eux des exécutions par fusillade. Durant la seconde guerre, l'évolution s'inverse: les justices militaires de l'Axe renforcent les peines capitales, alors que les démocraties ont intégré les protestations de l'entre-deux-guerres contre les exécutions « pour l'exemple » et la domination des

autorités militaires sur les pouvoirs civils. A partir de 1943, la dérive vers la guerre totale entraîne la multiplication des procès sommaires et les exécutions par décapitation ou pendaison contre les militaires et les civils soupçonnés de défaitisme.

Le 20^e siècle est également le siècle du changement d'échelle de l'enfermement: le siècle des camps et des archipels de l'emprisonnement politique voire ethnique est intimement lié aux régimes autoritaires et aux conflits mondiaux. En France durant la première guerre mondiale et des années 1930 aux années 1950, en Espagne durant la guerre civile, enfin dans les régimes totalitaires, Espagne, Portugal, Italie, Allemagne, Union Soviétique durant la seconde guerre et la guerre froide, l'emprisonnement souvent accompagné de relégation voire d'extermination est intégré comme un élément de gestion des populations dominées. L'occupation de l'Europe à grande échelle par les forces de l'Axe entraîne également la détention massive des prisonniers de guerre, puis les déportations et l'exécution capitale des résistants armés. L'exploitation du travail des détenus s'exerce surtout à l'Est de l'Europe. Condamnés politiques, de droit commun et déportés raciaux se retrouvèrent également dans le réseau concentrationnaire mis en place dans le cadre des politiques d'extermination, déjà organisées par le régime nazi avant guerre. Enfin, les guerres et leur sorties sont caractérisées par l'usage massif des camps de prisonniers et de travail, soit pour immobiliser les masses combattantes prisonnières, soit pour enfermer les suspects de collaboration et leur faire subir leur peine, soit pour contribuer temporairement à la reconstruction des économies dévastées. Jusqu'à la fin des années 1980, l'expansion de l'archipel du goulag ou l'usage politique de l'internement psychiatrique témoigne du rôle majeur joué par les diverses formes d'enfermement et de relégation dans la gestion des populations considérées comme étrangères à la communauté politique.

5. Interprétations: Crime et justice dans les sociétés autoritaires

Expériences coloniales, régimes dictatoriaux et situations de guerre relèvent d'une même interrogation. Comment des représentations du crime et un système de justice criminelle peuvent-ils être instrumentalisés à des fins de domination démographique, économique, politique, culturelle et militaire ? Le droit et la criminologie ont beaucoup à apprendre des périodes d'exception, qui mettent en évidence le pouvoir destructeur des techniques et des expertises modernes développées dans un contexte des démocraties bourgeoises confiantes dans le progrès humain.

Les expériences coloniales mettent en évidence combien les appareils pénaux des Etats nations occidentaux furent implantés dans des sociétés étrangères à cette culture de la régulation des conflits. Comment ils furent consciemment ou non, partie prenante d'un projet de domination et d'exploitation au profit de la métropole. Mais les recherches montrent combien les interactions furent complexes entre métropoles colonisatrices, sociétés coloniales et ethnies colonisées. De plus les modèles de justice

coloniale évoluèrent en fonction des évolutions de la société occidentale comme des bouleversements internationaux, notamment durant les guerres mondiales et la guerre froide.

L'expérience de guerre sert de révélateur au caractère démocratique des modèles de traitement du crime en Europe. D'un côté, la modernité bureaucratique des appareils pénaux renforce la terrible efficacité des politiques ségrégationnistes et annihilationnistes des régimes totalitaires. D'autre part, les recherches ont montré combien les appareils n'étaient pas des rouages tout puissants et mécaniques mais que les acteurs sociaux y jouaient des rôles déterminants; contraintes financières, rivalités administratives et choix personnels ont permis à des individus et des groupes de freiner voire de saboter les politiques d'extermination. Enfin, ces expériences de régimes autoritaires et de guerre ont montré combien la tendance à la protection des droits qui caractérise le débat judiciaire dans les démocraties pouvait céder le pas aux impératifs de la protection de l'ordre public et de la domination militaire. Polices et justices d'exception fonctionnent fréquemment avec les mêmes procédures et les mêmes hommes que les justices ordinaires de l'Etat de droit.

IV. 1950: Etat-providence, européanisation et crises mondiales

En abordant les soixante dernières années, le terrain de recherche de l'historien du crime rejoint celui des spécialistes du crime dans l'analyse des nouveaux défis posés aux sociétés d'après-guerre par l'évolution du crime et de son contrôle en Europe, principalement à l'Ouest. Epistémologiquement, il est prématuré de produire une lecture historique des évolutions récentes. Cependant, en inscrivant le présent du crime et de la justice criminelle dans l'évolution multiséculaire proposée, l'historien peut esquisser quelques tendances sous le double patronage de l'histoire criminelle et la criminologie historique.

1. Criminologie, part de l'histoire

Après la seconde guerre mondiale, les développements du crime et de son contrôle en Europe se font en parallèle avec l'expansion des sciences criminologiques. Ces dernières s'appuient sur des enquêtes de terrain, développent des théories explicatives diffusées par l'enseignement et suscitent la formation de praticiens « criminologues ». Les sciences du crime contribuent à construire des politiques criminelles menées consciemment par les Etats dans le contexte du Welfare State puis lors des crises économiques. Initiées dans un cadre national, ces pratiques scientifiques se globalisent au long du siècle. La question criminelle devient supranationale et via les forums internationaux (Nations Unies, Conseil de l'Europe, Union européenne), Etats et organisations non gouvernementales se mobilisent pour répondre aux paniques sur la globalisation du monde criminel.

2. Media et crime: les Européens et leurs sociétés

L'obsession pour le crime des Européens d'aujourd'hui est liée à l'accélération et l'extension de la médiatisation des crimes, introduisant un décalage croissant entre les

perceptions immédiates, les lectures idéologiques des dangers et les analyses de fond des chercheurs. Le débat sur la violence interpersonnelle constitue en bon exemple: la violence mortelle est devenue une préoccupation majeure des médias et de l'opinion, alors que pour les historiens, sur la longue durée, l'Europe d'après la seconde guerre présente un niveau très bas de violence mortelle.

Parmi les nouveaux « problèmes » relevés par les discours multiples sur le crime, les violences intrafamiliales et contre les femmes et les enfants comme le retour de la question « juvénile » à travers les figures du gang et de la rébellion mettent en évidence les inquiétudes des classes moyennes sur les structures de base de la société: la famille et l'éducation. Prédations et incivilités urbaines insécurisent fortement les classes populaires et les populations âgées, insultes et agressions sexuelles inquiètent les femmes et les minorités. Par ailleurs, le développement des assuétudes entraîne une préoccupation pour la criminalité organisée supposée générer des profits majeurs dans les domaines des trafics illicites: drogues, armes, proxénétisme.... A l'opposé du spectre social, le lien avec le crime en col blanc apparaît également consubstantiel aux relations ambiguës entre l'Etat, la politique et les milieux d'affaires dans la société d'après-guerre.

3. Du 'Nothing works' au 'Risk management': Les citoyens européens et leurs Etats

Les crises économiques globalisées des années 1970 à 2010 accentuent encore la préoccupation pour une soi-disant « montée du crime », amplifiée par la communication médiatique et celle des agences policières et judiciaires. Les chercheurs relèvent pour leur part la liaison entre exclusion sociale, faible niveau d'éducation, absence de développement économique, habitat dégradé et crime en particulier dans les métropoles européennes. La perte de la cohésion sociale remplace la peur de la déchéance de la race des années 1870-1910. Les interactions entre police et populations, le fonctionnement des tribunaux, la gestion des peines sont stigmatisés sur fond de débat politique quant au rôle de l'Etat dans la régulation des conflits. La critique de la réponse policière, judiciaire ou pénale a mis en exergue les dysfonctionnements propres aux appareils de contrôle social mais elle renvoie aux attentes croissantes et contradictoires des « citoyens » envers leur Etat. Critique doublée par le désenchantement vis-à-vis du processus de construction européenne, perçu comme impuissant face le crime, tant dans le domaine de la criminalité transnationale que des migrations.

Pour résumer, la question criminelle dans l'Europe d'après-guerre devient un objet majeur de débats publics et de sensibilités exacerbées d'Européens dont la précarité économique et la diversité sociale augmentent. Fondé sur une vision mythique du passé, le plaidoyer pour le retour aux contrôles informels et communautaires ne cache-t-il pas un désinvestissement massif de l'Etat dans la gestion des conflits autour des biens, une focalisation des peurs sur les violences graves et l'absence de réponses européennes au crime ? Ces contradictions sont au cœur du programme de travail futur qu'appellent de leurs

vœux criminologiques, anthropologiques, sociologiques, juristes et historiens. (Bosworth, Lawrence).

V. Bibliographie sélective

I. Généralités

1. Périodiques et sites internet

Criminal Justice History, An International Annual I, (1980)-XIX (2003)
I.A.H.C.C.J., Newsletter, 1 (1979) - 13 (1990); I.A.H.C.C.J.-Bulletin, 14 (1991)-20 (1995)
Crime, History & Societies - Crime, Histoire et Sociétés 1 (1997-
Crime and Misdemeanours, (2007-2010), Law, Crime and History (2011-) Solon on line Journal
Clio & Crimen, Durango 1 (2004-)
www.criminocorpus.fr
http://www.oldbaileyonline.org/

2. Aperçus sociohistoriques

Berman Harold J., Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition, Cambridge (Mass.)-London, Harvard UP, 1983.
Bourdieu Pierre, Sur l'Etat: Cours au Collège de France (1989-1992), Paris, Seuil, 2012.
Cohen Stanley, Scull Andrew, Social Control and the State. Historical and Comparative Essays, Oxford, OUP, 1986.
Elias Norbert, Über den Prozeß der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen, 2 vols, Basel, Haus zum Falken, 1939. Trad. Angl. Elias Norbert, The Civilizing Process: Sociogenetic and Psychogenetic Investigations, Oxford, Blackwell, 2000.
Foucault Michel, Surveiller et Punir. Naissance de la Prison, Paris, Gallimard, 1975; trad. angl. Discipline and Punish: the Birth of the Prison, New York, Random House, 1975.
Habermas Jürgen, L'espace public: archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise, Paris-Genève, Payot & Rivages, 1988.
Lagrange Hugues, La civilité à l'épreuve. Crime et sentiment d'insécurité, Paris, PUF, 1995.
Rusche Georg, Kirchheimer Otto, Punishment and Social Structure, New-York, 1939; 19682 Sozialstruktur und Strafvollzug, Hamburg, Europäische Verlagsanstalt, 1972; Peine et structure sociale; histoire et « théorie critique » du régime pénal texte présenté et établi par R. Lévy & H. Zander, Paris, Cerf, 1994.
Tilly Charles, Coercion, Capital, and European States: AD 990- 1992, Hoboken, Wiley & Sons, 1993.
Weber Max - Gesamtausgabe: Band III/7: Allgemeine Staatslehre und Politik (Staatssoziologie - unvollendet Mit- und Nachschriften 1920, Mohr Siebeck Verlag, 2009.

3. Réflexions historiographiques

Albrecht Hans-Jörg, Geschichte und Kriminologie: Was kann der historische Zugang für Untersuchungen kriminologischer Fragestellungen leisten?, in Böker Uwe, Houswitschka Christoph (ed.), Literatur, Kriminalität und Rechtskultur im 17. und 18. Jahrhundert, Essen 1996., pp. 36 - 53.
Bercé, Yves-Marie, Castan, Yves. (ed.), Les archives du délit, empreintes de société, Toulouse, Ed. Univ. Du Sud, 1990.
Bosworth Mary, "The past as foreign country ? Some methodological implications of doing historical criminology", British Journal of Criminology, (2001) 41: 431-442.
Eibach Johannes, "Neue Historische Literatur. Kriminalitätsgeschichte zwischen Sozialgeschichte und Historischer Kulturforschung", Historische Zeitschrift, 263 (1996): 681-715.
Johansen Jens C.V., Stevnsborg Henrik, "Hasard ou myopie ? Réflexions autour de deux théories de l'histoire du droit", Annales.E.S.C., 41-3 (1986): 601-624.
Johnson Eric.A. (ed.), "Quantification and Criminal Justice History in International Perspective", Historical Social Research/Historische Sozialforschung, Special Issue 15-4 (1990)
Lawrence Paul, "History, criminology and the 'use' of the past" Theoretical Criminology, 16 (3) (2012): 313-328.
Lévy René, Robert Philippe, "Le sociologue et l'histoire pénale" Annales.E.S.C., 39-2 (1984): 400-422.
Melossi Dario, Controlling Crime, Controlling Society. Thinking about Crime in Europe and America, Cambridge, Polity Press, 2008.
Midelort Erik, H.C., "Witchcraft" in Whitford David. M., Reformation and Early Modern Europe. A guide to research, Kirksville, Truman State U Press (2008): 355-395.
Nye Robert.A., "Crime in Modern Societies: Some Research Strategies for Historians", Journal of Interdisciplinary History, 11 (1978): 491-507.
O'Brien Patricia, "Crime and Punishment as Historical Problem", Journal of Social History, 11 (1978): 508-520.
Post, John B., "Crime in later medieval England: some historiographical limitations", Continuity and Change 2-2 (1987): 211-224.
Robert Philippe, Lévy René, "A Changing Penal Economy in French Society: In Search of a Historical View", Historical Social Research, 37 (1986): 17-39.
Romer Hermann, "Historische Kriminologie - zum Forschungsstand in der deutschsprachigen Literatur der letzte zwanzig Jahre", Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 14 (1992): 227-242.
Roth Robert, "Histoire pénale, histoire sociale: même débat ?", Déviance et Société, 5 (1981): 187-203.
Rousseaux Xavier, "Crime, Justice and Society in Medieval and Early Modern Times: Thirty Years of Crime and Criminal Justice History. A Tribute to Herman Diederiks" in Crime, History & Societies, 1997, n°1-1: 87-118.
Rousseaux, Xavier, "A history of crime and criminal justice in Europe", Sophie Body-Gendrot, Klara Kerezi, Michael Hought, René Lévy, Sonja Snacken (ed.), Handbook of European Criminology, London, Routledge, 2013, pp. 38-54.
Sack Fritz, "Kriminalität, Gesellschaft und Geschichte: Berührungspunkte der deutschen Kriminologie", Kriminologisches Journal, 19-4 (1987): 241-268.
Sbriccoli Mario, "Fonti giudiziarie e fonti giuridiche. Riflessioni sulla fase attuale degli studi di storia del crimine e della giustizia criminale", Studi Storici, 2 (1988): 491-501.
Schwerhoff Gerd, "Devianz in der alt europäischen Gesellschaft. Umriss einer historischen Kriminalitätsforschung", Zeitschrift für historische Forschung, 19-4 (1992): 385-414.
Schwerhoff Gerd (ed.), Historische Kriminalitätsforschung, Frankfurt/New York, Campus, 2011.
Sharpe James.A., "The History of Crime in England, c 1300-1914. An Overview of Recent Publications", British Journal of Criminology 28-2 (1988): 124-137.
Smaus Gerlinda, "Kriminologie und geschichte. Eine Einführung", Kriminologisches Journal, 19-1 (1987): 3-15.
Soman Alfred, "Deviance and criminal justice in Western Europe, 1300-1800: an essay in structure", Criminal Justice History, 1 (1980): 1-28.
Spienburg Pieter, "Criminele geschiedenis. Een literatuuroverzicht", Tijdschrift voor Sociale Geschiedenis, 23 (1981): 251-264.
Sundin Jan, "Current Trends in the History of Crime and Criminal Justice: Some Conclusions, with Special Reference to the Swedish Experience", Historical Social Research, 56 (1990): 184-196.
Thome Helmut, "Gesellschaftliche Modernisierung und Kriminalität. Zum Stand der sozialhistorischen Kriminalitätsforschung", Zeitschrift für Soziologie, 21 (1992): 212-228.
Twelve years of research on the history of crime and criminal justice (1978/1990), I.A.H.C.C.J. Bulletin, 14, 1991.

4. Aperçus généraux et transpériodes

Arnot Margaret L., Osborne Comelle, Gender and crime in modern Europe, London, UCL Press, 1999.
Briegel Françoise, Porret, Michel (ed.), Le criminel endurci. Récidive et récidivistes du Moyen Age au XXe siècle, Genève, Droz, 2006.
Briggs John, Harrison Christopher, McInnes Angus, Vincent David, Crime and Punishment in England. An introductory history, London, UCL Press, 1996.
Cabantous Alain, Histoire du blasphème en Occident, XVIe-XIXe siècle, Paris, Albin Michel 1998.
Carrasco Raphaël (ed.), La prostitution en Espagne, de l'époque des rois catholiques à la IIe République Besançon, Université de Besançon, 1994.
Devereaux Simon, Griffiths Paul (ed.), Penal practice and culture, 1500-1900. Punishing the English, Houndsmills Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2004.

Emsley Clive, Knafla Louis, (ed.), *Crime History and Histories of Crime. Studies in the History of Crime and Criminal Justice in Modern History*, Westport, Conn., Greenwood Press, 1996.

Garland David, *Punishment and Welfare: a history of penal strategies*, Aldershot, England, Gower, 1985.

Garnot Benoît (ed.), *Histoire et Criminalité de l'Antiquité au XXe siècle. Nouvelles approches*, Dijon, Presses Universitaires de Dijon, 1992.

Garnot Benoît (ed.), *Ordre moral et délinquance de l'Antiquité au XXe siècle*, Dijon, Presses Universitaires de Dijon, 1994.

Garnot Benoît (ed.), *L'Infrajudiciaire du Moyen Age à l'époque contemporaine*, Dijon, Presses Universitaires de Dijon, 1996.

Garnot Benoît (ed.), *La petite délinquance du Moyen Age à l'époque contemporaine*, Dijon, Presses Universitaires de Dijon, 1998.

Garnot Benoît (ed.), *Les victimes, des oubliées de l'histoire ?*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2000.

Garnot Benoît (ed.), *Les témoins devant la justice. Une histoire des statuts et des comportements*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003.

Garnot Benoît (ed.), *Normes juridiques et pratiques judiciaires du Moyen-Âge à l'époque contemporaine*, Dijon, Editions universitaires de Dijon, 2007.

Garnot Benoît, *Histoire de la justice, France, XVIe-XXIe siècle*, Paris, Gallimard, 2009.

Gatrell Vic., Lenman Bruce, Parker Geoffrey, (ed.), *Crime and the law. The social history of Crime in Western Europe since 1500*, (London, 1980).

Godfrey Barry, Emsley Clive, Dunstall Graeme (ed.), *Comparatives histories of crime*, Cullompton, Willan, 2003.

Haerbas Rebekka, Schwerhoff Gerd (ed.), *Verbrechen im Blick. Perspektiven der neuzeitlichen Kriminalitätsgeschichte*, Frankfurt am Main, Campus, 2009.

Johnson Eric.A., Monkoon Erik.H. (ed.), *The Civilization of Crime. Violence in Town and Country since the Middle Ages*, Urbana-Chicago, University of Illinois Press, 1996.

Kilday Anne-Marie, Nash David (ed.), *Histories of Crime. Britain 1600-2000*, Houndsmills, Basingstoke, Palgrave, Macmillan, 2010.

Kilday Anne-Marie, *A History of Infanticide in Britain c.1600 to the present*, Houndsmills, Basingstoke, Palgrave, Macmillan, 2013.

Knafla Louis (ed.), *Crime and criminal Justice in Europe and Canada*, Waterloo (Ont.), Wilfrid Laurier UP, 1981.

Lappalainen Mirka, Hirvonen Pekka, *Crime and Control in Europe from the past to the Present*, Helsinki Hakapaino, 1999.

Lemmings David, *Crime, Courtrooms and the Public Sphere in Britain, 1700-1850*, Ashgate, 2012.

Lis, Catharina., Soly Hugo, Tussen Dader en Slachtoffer. Jongeren en criminaliteit in historisch perspectief, Brussels, VUBPress, 2001.

Morris Norval, Rothman David (ed.), *The Oxford history of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society*, New York-Oxford, OUP, 1998.

Nash David, *Blasphemy in the christian world. A history*, Oxford, OUP, 2007.

Österberg Eva, Sogner Solvi (ed.), *People Meet the law: Control and conflict-handling in the courts. The Nordic countries in the post-reformation and pre-industrial period*, Lund, Lund UP, 2000.

Pihlajamäki Heikki. (ed.), *Theatres of power. Social control and criminality in historical perspective*, s.l., 1991.

Porret Michel, Fontana Vincent, Maugué Ludovic, Bois, fers et papiers de justice. Histoire matérielle du droit de punir, Genève, Georg, 2012.

Robert Philippe, Emsley Clive. (ed.), *Geschichte und Sociologie des Verbrechens. History and Sociology of Crime. Histoire et sociologie du crime*, Pfaffenweiler, Centaurus, 1991.

Rousseaux Xavier, Lévy René (ed.), *Le pénal dans tous ses Etats. Justice, Etats et sociétés en Europe (XIIe-XXe siècle)*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1997.

Sbriccoli Mario, *Storia del diritto penale e della giustizia: scritti editi e inediti*, 1972-2007, 2 vol., Milano, Giuffrè Editore, 2009.

Schnapper Bernard, *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVIe-XXe siècle)*, Paris, PUF, 1991.

Schulze Reiner, Vormbaum Thomas, Schmidt Christine D., Willenberg Nicola (ed.), *Strafzweck und Strafform zwischen religiöser und weltlicher Wertevermittlung*, Münster, Rhema, 2008.

Spierenburg Pieter, Roodenburg Herman, Emsley Clive, Johnson Eric (ed.), *Social Control in Europe*, vol.1 500-1800, vol 2. 1800-2000, Columbus, Ohio State UP, 2004.

5. Culture visuelle, archéologie, architecture et iconologie judiciaires

Auler Jost (ed.), *Richtstättenarchäologie*, Dormagen, Archaeotopos-Buchverlag, 2008.

De Ridder Juliaan, *Gerechtigheidsstaferelen voor schepenhuisen in de Zuidelijke Nederlanden in de 14de, 15de en 16de eeuw*, Bruxelles, Koninklijke Academie, 1989.

De Win Paul (ed.), *Rechtsarcheologie en rechtsiconografie. Een kennismaking*, Bruxelles, Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, 1992.

Evans Robin, *The fabrication of virtue: English prison architecture, 1750-1840*, Cambridge, CUP, 1982.

Floor Ros, *Architectuur van het Recht. Nederlandse Justitiegebouwen 1870-1914*, Zutphen, De Walburg Pers, 2012.

Groebner Valentin, *Defaced: The Visual Culture of Violence in the Late Middle Ages*, New York: MIT Press/Zone books, 2004.

Jacob Robert, *Images de la justice. Essai sur l'iconographie judiciaire, du Moyen Âge à l'âge classique*, Paris, Le Léopard d'Or, 1994.

Jacob Robert, Jacob-Marchal, Nadine, *La justice en ses temples, Regards sur l'architecture judiciaire en France*, Poitiers, Brissaud, Paris, Errance, 1992.

Kocher Gernot, *Zeichen und Symbole des Rechts. Eine historische Ikonographie*, München, C.H.Beck, 1992.

Lederle Ursula, *Gerechtigkeitsdarstellungen in deutschen und niederländischen Rathäusern*, Philipsburg, 1937.

Maisel Witold, *Rechtsarchäologie Europas*, Wien Böhlau, 1992.

Merback Mitchell B., *The Thief, the Cross and the Wheel: Pain and the Spectacle of Punishment in Medieval and Renaissance Europe*, Chicago, the Chicago UP, 1999.

Murphy Eileen M., *Deviant Burial in the Archaeological Record*, Oxbow Books, 2008.

Pfleister Wolfgang, Schild Wolfgang (ed.), *Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der europäischen Kunst*, Köln, DuMont, 1988.

Raffield Paul, *Images and Cultures of Law in Early Modern England. Justice and Political Power, 1558 – 1660*, Cambridge, CUP, 2007.

Resnik Judith, Curtis Dennis, *Representing justice: invention, controversy and rights in city-states and democratic courtrooms*, New Haven – London, 2011.

Reynolds Andrew, *Anglo-Saxon Deviant Burial Customs*, OUP, 2009.

Robert Christian-Nils, *Une allégorie parfaite. La Justice: vertu, courtesane et bourreau*, Genève, Georg, 1993.

Robert Christian-Nils, *La justice dans ses décors (XVe-XVIe siècles)*, Genève, Droz, 1996.

Sbriccoli Mario, « La triade, le bandeau, le genou droit et procès pénal. Les allégories de la Justice du Moyen Age à l'âge moderne », *Crime, Histoire & Sociétés*, 2005, 9, 1, p. 33 – 78.

Schild Wolfgang, *Bilder von Recht und Gerechtigkeit*, Köln, DuMont, 1995.

Schild Wolfgang, *Die Geschichte der Gerichtsbarkeit Vom Gottesurteil bis zum Beginn der modernen Rechtssprechung*, Hamburg Nikol verlag, 1997.

Schild Wolfgang, Folter, Pranger, Scheiterhaufen. Rechtssprechung im Mittelalter, Munich, Bassermann Verlag, 2010.

Van Der Sanden Wijnand, & Luning Henk (ed.), *Over galg en rad. Executieplaatsen in Drenthe, Zwolle, Waanders*, 2010.

Wagner Anne, Sherwin Richard K. (ed.), *Law, Culture and Visual Studies*, Berling, Springer, 2013.

II. Crime et justice dans l'Europe préindustrielle

1. Synthèses et études transnationales

Blauert Andreas, Schwerhoff Gerd, (ed.), *Mit den Waffen der Justiz. Zur Kriminalitätsgeschichte des späten Mittelalters und der Frühen Neuzeit*, Frankfurt/Main, Fischer Taschenbuch, 1993.

Cajani Luigi (ed.), *Criminalità, Giustizia penale e ordine pubblico nell'Europa moderna*, Milan, Unicopli, 1997.

Dean Trevor, *Crime in Medieval Europe: 1200-1550*, London, Longman, 2001.

Coll., *La Giustizia nell'Alto Medioevo (secoli V-VII)*, 2 vol., Spoleto, Centro italiano di studi sull'alto Medioevo 1995.

Dean Trevor, *Crime and Justice in Late Medieval Italy*, Cambridge, CUP, 2010.

Hanawalt Barbara (ed.), *Medieval Crime and Social Control*, Minneapolis, U. of Minnesota Press, 1998.

Langbein John, *Prosecuting Crime in the Renaissance*. England, Germany, France, Cambridge-Massachusetts, 1974.

Moore Robert I., *The Formation of a Prosecuting Society: Power and Deviance in Western Europe (950-1250)*, Oxford, 1987.

Powell Eduard, Musson Anthony (ed.) *Crime, Law and Society in the Later Middle Ages*, Manchester UP, 2009.

Rowbotham Judith, Muravyeva Marianna, Nash David (ed.), *Shame, blame and Culpability. Crime and violence in the Modern State, 1600-1900*, Routledge, 2013.

Rudolph, Harriet, Schnabel-Schüle, Helga, *Justiz=Justice=Justicia ? Rahmenbedingungen von Strafjustiz im frühneuzeitlichen Europa*, Trier, Kliemedia, 2003.

Schreiner Klaus, Schwerhoff Gerd (ed.), *Verletzte Ehre. Ehrkonflikte in Gesellschaften des Mittelalters und der Frühen Neuzeit*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 1995.

Schwerhoff Gerd, Blauert A., (ed.), *Kriminalitätsgeschichte. Beiträge zur Sozial- und Kulturgeschichte der Vormoderne*, Konstanz, Universitätsverlag Konstanz, 1999.

Weisser Michael-R., *Crime and punishment in Early Modern Europe*, Brighton, 2e ed. 1982.

Willoweit Dietmar (ed.), *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 1999.

2. Etudes nationales et régionales

Astarita Tommaso, *Village Justice, Community, Family, and Popular Culture in Early Modern Italy*, Baltimore-London, John Hopkins UP, 1999.

Beattie John, *Crime and the Courts in England. 1660-1800*, Oxford, OUP, 1986.

Bellarbaro Marco, *La giustizia nell'Italia moderna*, Bari, Laterza, 2008.

Berents Dirk Arend, *Het werk van de vos. Samenleving en criminaliteit in de late middeleeuwen*, Zutphen, De Walburg Pers, 1988.

Cox David, *Crime in England, 1688-1815*, London-New York, Routledge, 2014.

Diederiks Herman, *In een land van justitie: criminaliteit van vrouwen, soldaten en ambtenaren in de achttiende-eeuwse Republiek*, Hilversum, Verloren, 1992.

Diederiks Herman A., Roodenburg Herman W., (ed.) *Misdaad, zoen en straf: aspecten van de middeleeuwse strafrechtsgeschiedenis in de Nederlanden*, Hilversum, Verloren, 1991.

Dupont-Bouchat Marie-Sylvie, Rousseaux Xavier (ed.), *Crimes, pouvoirs et sociétés, 1400-1800. Anciens Pays-Bas et Principauté de Liège*, Kortrijk-Heule, UGA, 2001.

Gauvard Claude, "De grace especial ". *Crime, Etat et Société en France à la fin du Moyen-Age*, Paris, PU Sorbonne, 2 vols., 1991.

Griesebner, Andrea, Schütz, Martin, Weigl, Herwig (ed.), *Justiz und Gerechtigkeit. Historische Beiträge (16.-19. Jahrhundert)*, Wien, StudienVerlag, 2002.

Albert N. Hamscher, *The Royal Financial Administration and the Prosecution of Crime in France, 1670-1789*. Newark: University of Delaware Press, 2012.

Kaeuper Ralph, *War, Justice and Public Order. England and France in the Later Middle Ages*, Oxford, 1988.

King Peter, *Crime, Justice, and Discretion in England, 1740-1820*, Oxford, OUP, 2000.

Kollmann Nancy, *Crime and Punishment in Early Modern Russia*, Cambridge, CUP, 2013.

Landau Norma, *Law, Crime and English Society 1660-1830*, Cambridge, 2002.

Lemesle Bruno, *Conflits et justice au Moyen-Age. Normes, loi et résolution des conflits en Anjou au XIe et XIIe siècles*, Paris, PUF, 2008.

Leuwers Hervé, *La justice dans la France moderne*, Paris, Ellipses, 2010.

Mantecon Movellan Tomas, *Conflictividad y disciplinamiento social en la Cantabria rural del Antiguo Régimen*, Santander, U.Cantabria, 1997.

Mc Intosh Keniston Marjorie, *Controlling misbehaviour in England, 1370-1600*, Cambridge, CUP, 1998.

Muchembel Robert, *Le temps des supplices. De l'obéissance sous les Rois absolus. XVe-XVIIIe siècle*, Paris, 1992.

Porret Michel, *Le crime et ses circonstances. De l'esprit de l'arbitraire au siècle des lumières selon les réquisitoires des procureurs-généraux de Genève*, Genève, Droz, 1995.

Sharpe James A., *Crime in Early Modern England 1550-1750*, London-New-York, Longman, 1984.

Shoemaker, Robert, *Prosecution and punishment: petty crime and the law in London and rural Middlesex, c. 1660-1725*, Cambridge, 1991.

Söderberg Johan, *Civilisering, marknad och vald i Sverige 1750-1870: En regional analys Stockholm, 1993*. [The civilizing process, markets, and violence in Sweden 1750-1870: a regional analysis]

Wegert Karl, *Popular Culture, Crime and Social Control in 18th-Century Württemberg. Studien zur Geschichte des Alltags*, Stuttgart, Steiger, 1994.

3. Institutions et pratiques judiciaires

<http://bibliparl.huma-num.fr/bibliographie/>
<http://www.reichskammergericht.de/>

Battenberg Friedrich, Ranieri Filippo (ed.), *Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa*, Weimar-Köln-Wien, Böhlau 1994.

Bethencourt Francisco, *The Inquisition. A global history (1478-1834)*, Cambridge, CUP, 2009.

Briegel Françoise, *Négociier la défense. Plaider pour les criminels au siècle des Lumières à Genève*, Genève, Droz, 2013.

Durand Bernard, Otis-Cour Leah (ed.), *La torture judiciaire. Approches historiques et juridiques*, Lille, Centre d'Histoire Judiciaire, 2002.

Langbein John, *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago, University of Chicago Press, 1977.

Sälter Gerhard, *Polizei und soziale Ordnung in Paris. Zur Entstehung und Durchsetzung von Normen im Städtischen Alltag des Ancien Régime (1697-1715)*, Frankfurt am M., Vittorio Klostermann, 2004.

Wijffels Alain, Van Rhee Remco (ed.), *European Supreme Courts A Portrait through History, Third Millennium*, 2013.

4. Peines et pardon

Abad Raynald, *La grâce du roi. Les lettres de clémence de Grande Chancellerie au XVIIIe siècle*, Paris, PUPS, 2011.

Deyon Pierre, *Le temps des prisons, essai sur l'histoire de la délinquance et les origines du système pénitentiaire* Lille, Ed. universitaires, 1975.

Friedland Paul, *Seeing Justice Done. The Age of Spectacular Capital Punishment in France*, Oxford, OUP, 2012.

Geltner Guy, *The Medieval Prison. A Social History*, Princeton, Princeton UP, 2008.

González Zalacain Roberto J., *El perdón real en Castilla a fines de la edad media. El ejemplo de la Cornisa Cantábrica*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2013.

Hurnard Naomi, *The King's Pardon for Homicide Before AD 1307*, Oxford, Clarendon Press, 1969.

Kesselring Krista, *Mercy and Authority in the Tudor State*, Cambridge, CUP, 2003.

Lacey Helen, *The Royal Pardon Access to Mercy in Fourteenth-Century England*, York, York Medieval Press, 2009.

Spierenburg, Pieter, *The spectacle of suffering. Executions and the evolution of repression: from a preindustrial metropolis to the European experience*, Cambridge, Cambridge UP, 1984.

Van Dülmen, Richard, *Theatre of Horror. Crime and Punishment in Early Modern Germany*, Cambridge, 1990.

Zaremska Hanna, *Les bannis au Moyen-Âge*, Paris, Aubier, 1996.

5. Justice, crime et villes

Beattie John, *Policing and Punishment in London 1660-1750: Urban Crime and the Limits of Terror*, Oxford, OUP, 2001.

Behrisch Lars, *Städtisch obrigkeit und soziale kontrolle. Görlitz 1450-1600*, Ependorf/Neckar, Bibliotheca academica Verlag, 2005.

Boes Maria, *Crime and Punishment in Early Modern Germany. Courts and Adjudicatory Practices in Frankfurt am Main, 1562-1696*, Farnham Ashgate, 2013.

Boongard Johannes, *Misdaad en Straf in Amsterdam. Een onderzoek naar de strafrechtspleging van de Amsterdamse schepenbank 1490-1552*, Zwolle, Waanders, 1992.

Griffiths Paul, *Lost Londons. Change, Crime and Control in the Capital City (1550-1660)*, Cambridge, CUP, 2008.

Rexroth Frank, *Deviance and Power in Late Medieval London*, Cambridge, CUP, 2007.

Schuster Peter, *Eine Stadt vor Gericht. Recht und Alltag im spätmittelalterlichen Konstanz*, Paderborn-München-Wien-Zürich, Schöningh, 1997.

Schwerhoff Gerd, Köln im Kreuzverhör. Kriminalität, Herrschaft und Gesellschaft in einer frühneuzeitlichen Stadt, Bonn-Berlin, Bouvier, 1991.
 Smail Daniel Lord, The Consumption of Justice, Emotions, Publicity, and Legal Culture in Marseille, 1264-1423, Ithaca-London, Cornell UP, 2003.

6. Genre, criminels et déviants

Beier, A.L., Masterless Men; The vagrancy problem in England 1560-1640, London, 1985.
 Charageat Martine, La délinquance matrimoniale. Couples en conflit et justice en Aragon (XVe-XVIIe siècles), Paris, Publications de la Sorbonne, 2011.
 Dunn Caroline, Stolen Women in Medieval England. Rape, Abduction, and Adultery, 1100-1500, Cambridge, CUP, 2013.
 Egmond Florike, Underworlds. Organized crime in the Netherlands, 1650-1800, Cambridge, CUP, 1993.
 Hanawalt Barbara (ed.), Living Dangerously: On the Margins in Medieval and Early Modern Europe, Notre Dame (Ind.), University of Notre-Dame, 2007.
 Malamud Sibylle, Die ächtung des "Bösen ». Frauen vor dem Zürcher Ratsgericht im späten Mittelalter (1400-1500), Zürich, Chronos, 2003.
 Ortalli G. (ed.), Bande armate, banditi, banditismo e repressione di giustizia negli stati europei di antico regime Rome, 1986.
 Otis, Leah, Prostitution in Medieval society. The history of an urban institution in Languedoc, Chicago/London, 1985.
 Rossiaud Jacques, Amours Vénales. La prostitution en Occident XIIIe-XVIIe siècle, Paris, Flammarion, 2010.

7. Inquisition, crimes religieux et chasses aux sorcières

Anheim Etienne, Ostorero Martine, Le diable en Procès. Démonologie et sorcellerie à la fin du Moyen Age, Vincennes, PU Vincennes, 2003.
 Ankarloo Bengty, Henningsen Gustav (ed.), Early Modern European Witchcraft; Centres and Peripheries, Oxford, Clarendon Press, 1990.
 Barry Jonathan, Hester Marianne, Roberts Gareth (ed.) Witchcraft in Early Modern Europe: Studies in Culture and Belief, Cambridge, CUP, 1996.
 Behringer Wolfgang, Witches and Witch-hunts: A Global history, Cambridge, Polity Press, 2004.
 Bernardino Gonzaga João, A Inquisição em Seu Mundo, Editora Saraiva, 1994.
 Blauert Andreas, Frühe Hexenverfolgungen; Ketzer- Zauberei- und Hexenprozesse des 15. Jahrhunderts, Hamburg, Junius, 1989.
 Briggs Robin, Witches and Neighbors. The social and cultural context of European Witchcraft, New York, Viking, 1996.
 Del Col Andrea, L'inquisizione in Italia. Dal XII al XXI secolo, Milano, Arnoldo Mondadori Editore 2007.
 Dupont-Bouchat Sylvette, La sorcellerie dans les Pays-Bas. De Hekserij in de Nederlanden, Kortrijk (Heule), UGA, 1987.
 Gijswijt-Hofstra, Marijke, Frijhoff Willem (ed.), Witchcraft in the Netherlands: from the fourteenth to the Twentieth Century, Rotterdam, Universitaire Pers, 1992.
 Ginzburg, Carlo, I Benandanti; Stregoneria e culti agrari tra Cinque e Seicento, Torino, 1996.
 Given James, B., Inquisition and Medieval Society. Power, discipline, & resistance in Languedoc, Ithaca-London, Cornell UP, 1997.
 Goodare Julian, Martin Lauren, Miller Joyce, Witchcraft and Belief in Early Modern Scotland, Basingstoke, Macmillan, 2008.
 Henningsen Gustav, Tedeschi John (ed.), The Inquisition in Early Modern Europe. Studies on Sources and Methods, Dekalb, Northern Illinois UP, 1986.
 Kamen, Henry, The Spanish Inquisition: A Historical Revision, Yale UP, 1997.
 Kieckhefer Richard, European Witch Trials. Their Foundation in Popular and Learned Culture, 1300-1500, Berkeley, University of California Press, 1976.
 Levack Brian P., The Witch-Hunt in Early Modern Europe, London, Longman, 1987.
 Levack Brian P., Witch-Hunting in Scotland. Law, Politics and Religion, New York and London, Routledge, 2008.
 Levack Brian P. (ed.), The Oxford Handbook of Witchcraft in Early Modern Europe and Colonial America, Oxford, OUP, 2013.
 Martin Ruth, Witchcraft and the Inquisition in Venice, 1550-1650, Oxford, Basil Blackwell, 1989.
 Monter William E., Frontiers of Heresy: The Spanish Inquisition from the Basque Lands to Sicily, New York, CUP, 1990.
 Monter William E., Witchcraft in France and Switzerland: The Borderlands during the Reformation, Ithaca, NY, Cornell UP, 1976.
 Netanyahu Ben Zion, The Origins of the Inquisition in Fifteenth-Century Spain, New York Review Books, 20012.
 Ostling Michael, Between the Devil and the Host. Imagining Witchcraft in Early Modern Poland, Oxford, OUP, 2011.
 Pérez Villanueva Joaquín et Escandell Bonet Bartolomé, Historia de la Inquisición en España y América: El conocimiento científico y el proceso histórico de la institución (1478-1834), Biblioteca de Autores Cristianos, 1984.
 Romeo Giovanni, Inquisitori, esorcisti e streghe nell'Italia della Controriforma, Firenze, Sansoni, 1990.
 Schormann Gerhard, Hexenprozesse in Deutschland, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1981.
 Schwerhoff Gerd, Die Inquisition: Ketzerverfolgung in Mittelalter und Neuzeit, München, Beck, 2004.
 Sharpe, James, Instruments of Darkness; Witchcraft in England, 1550-1750, New York, Penguin, 1996.
 Soman, Alfred, Sorcellerie et justice criminelle: le Parlement de Paris (16e-18e siècles), Al-dershot, 1992.
 Stokes Laura, Demons of Urban Reform. Early European Witch Trials and Criminal Justice, 1430-1530, Palgrave, Macmillan, 2011.
 Tedeschi John, The Prosecution of Heresy. Collected Studies on the Inquisition in Early Modern Italy, Binghamton, NY, Center for Medieval and Early Renaissance Studies, 1991.
 Waardt Hans de, Midelfort Eric, Schmidt Jürgen Michael, Lorenz Sönke, Bauer Dieter (ed.), Dämonische Besessenheit: Zur interpretation eines kulturhistorischen Phänomens, Bielefeld, Verlag für Regionalgeschichte,

8. Violence

Brown Warren C., Violence in Medieval Europe, London, Longman, 2010
 Carroll Stuart, Cultures of Violence. Interpersonal Violence in Historical Perspective, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2007.
 Gonthier, Nicole, Cris de haine et rites d'unité. La violence dans les villes (XIIIe-XVIIe siècle), Turnhout, Brepols, 1992.
 Greenshields Malcolm, An Economy of violence in Early Modern France. Crime and Justice in the Haute Auvergne 1587-1664, Pennsylvania, the Pennsylvania UP, 1994.
 Muchembled Robert, La violence au village. (XVe-XVIIe siècle), Turnhout 1989;
 Muir Edward, Mad Blood Stirring. Vendetta in Renaissance Italy, Baltimore-London, John Hopkins UP, 1998.
 Nassiet Michel, La violence, une histoire sociale. France, XVIe-XVIIIe siècles, Seyssel, Champ Vallon, 2011.
 Nirenberg David, Violence et minorités au Moyen-Age, Paris, Presses Universitaires de France, 2001
 Paresys Isabelle, Aux marges du royaume. Violence, justice et société en Picardie sous François Ier, Paris, Publications de la Sorbonne, 1998;
 Quéniart Jean, Le Grand Chapelleout Violence, normes et comportements dans la Bretagne rurale au 18e siècle, Rennes, Apogée, 1993.
 Roussel Diane, Violences et passions dans le Paris de la Renaissance, Seyssel, Champ Vallon, 2012.
 Ruff Julius Ralph, Violence in Early Modern Europe, Cambridge, CUP 2001.
 Zmora Hillay, The Feud in Early modern Germany, Cambridge, CUP, 2011.

III. Crime et justice en Europe (18e-20e siècles)

1. Aperçus transnationaux

Bretschneider Falk, Der Kriminelle. Deutsch-französische Perspektiven/Le criminel. Perspectives franco-allemandes Leipzig, Leipziger Universitätsverlag 2007.
 De Koster Margo, Leuwers Hervé, Luyten Dirk, Rousseaux Xavier (ed.), Justice in Wartime and

Revolutions. Europe, 1795-1950. Justice en temps de guerre et révolutions. Europe, 1795-1950 (Bruxelles, Archives de l'Etat 2012.
 Emsley Clive, Crime, Police and Penal Policy, European Experiences 1750-1940, Oxford, OUP, 2007.
 Fijnaut Cyrille, Criminologie en strafrechtbedeling. Een historische en transatlantische inleiding, Antwerpen-Cambridge, Intersentia-Boom, 2014.
 Knepper Paul, The Invention of International Crime: A Global Issue in the Making, 1881-1914, London, Palgrave 2009.
 Knepper Paul, International Crime in the Twentieth Century: The League of Nation Era, 1919-1939, London, 2011, Palgrave.
 Rousseaux Xavier, Dupont-Bouchat Marie-Sylvie, Vael Claude (ed.), Révolutions et Justice pénale en Europe (1780-1830). Modèles français et traditions nationales, Paris, L'Harmattan, 1999.
 Zehr Howard, Crime and the development of modern society: patterns of criminality in nineteenth century Germany and France, London, Croom Helm, 1976.

2. Etudes nationales

Bentley David, English Criminal Justice in the Nineteenth-century, London, Hambledon Press, 1998.
 Blasius Dirk, Geschichte der politischen Kriminalität in Deutschland 1800-1980. Eine Studie zu Justiz und Staatsverbrechen, Frankfurt/Main, 1983.
 Blasius Dirk, Kriminalität und Alltag. Zur Konfliktgeschichte des Alltagslebens im 19. Jahrhundert, Göttingen, 1978.
 Chauvaud Frédéric, Histoire et justice panorama de la recherche, nov. 2001 (numéro spécial Le temps de l'histoire).
 Chauvaud Frédéric, Justice et déviance dans l'époque contemporaine. L'imaginaire, l'enquête et le scandale, Rennes, PUR, 2007.
 Chauvaud Frédéric, Petit Jacques-Guy, L'histoire contemporaine et les usages des archives judiciaires, Paris, 2002.
 De Negentiede eeuw: strafrecht, criminaliteit en de overheid, numéro spécial, Pro Memoria. Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden, jg 2-2, 2000.
 Emsley Clive, Crime and society in England: 1750-1900, London, Longman, 1987, 19962.
 Emsley Clive, Crime and Society in Twentieth-Century England, London, Pearson, 2011.
 Faber Sjoerd et al., Criminaliteit in de negentiende eeuw, Hilversum, Verloren, 1989.
 Farcy Jean-Claude, L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours, Paris, PUF, 2001.
 Godfrey Barry, Crime in England, 1880-1945. The rough and the criminal, the policed and the incarcerated, London-New-York, 2014.
 Hugues Stephen, Crime, Disorder and the Risorgimento: the Politics of Policing in Bologna, Cambridge, CUP, 1994.
 Johnson Eric.A., Urbanisation and Crime: Germany, 1871-1914, New York, 1995.
 Jones David, Crime, Protest, Community and Police in 19th Century Britain, Sussex, Routledge, 1982.
 Palk Deirdre, Gender, Crime and Judicial Discretion, 1780-1830, Woodbridge, Royal Historical Society/Boydell Press, 2006.
 Perrot Michelle, Les ombres de l'histoire. Crime et châtement au XIXe siècle, Paris, Flammarion, 2001.
 Schulte Regina, The Village in Court: Arson, Infanticide, and Poaching in the Court Records of Upper Bavaria, 1848-1910, Cambridge, CUP, 1994.
 Taylor David, Crime, policing and punishment in England, 1750-1914, Houndmills, Basingstoke, Macmillan, 1998.
 Tobias, John Jacob, Crime and Police in England, 1700-1900, Dublin, Macmillan, 1979.
 Wetzell Richard (ed.), Crime and Criminal Justice in Modern Germany, Berghahn, 2014.

3. Guerres mondiales, répressions et justices militaires

Berlière Jean-Marc, Campion Jonas, Lacché Luigi, Rousseaux Xavier, (ed.), Justices militaires et guerres mondiales (1914-1950) Military Justice and World Wars (Louvain-la-Neuve, Presses Universitaires de Louvain, 2013.
 Bach André, Fusillés pour l'exemple 1914-1915, Paris, Tallandier, 2003.
 Bach André, Justice militaire 1915-1916, Editions Vendémiaire, 2013.
 Bacque James, Crime and Mercies. The fate of German Civilians under Allied Occupation, 1944-1950, Vancouver, Talonbooks, 2007
 Baruch, Marc-Olivier, Une poignée de misérables. L'épuration de la société française après la Seconde Guerre mondiale Paris, Fayard, 2003.
 Beck Birgit, Wehrmacht und sexuelle Gewalt. Sexualverbrechen vor deutschen Militärgerichten 1939-1945 Paderborn, Ferdinand Schöningh, 2002.
 Berlière Jean-Marc, Policiers français sous l'occupation, Paris, Perrin, 2009.
 Bianchi Bruna, La follia e la fuga: nevrosi di guerra, diserzione e disobbedienza nell'esercito italiano, 1915-1918, Rome, Bulzoni. 2001.
 Browning Chris, Ordinary Men: Reserve Police Battalion 101 and the Final Solution in Poland, New York: HarperCollins, 1992.
 Deak Istvan, Gross Jan, Judt Tony (ed.), The politics of retribution in Europe. World War II and Its Aftermath, Princeton, Princeton UP, 2000.
 Eggers Christian, Im Vorzimmer zu Auschwitz. Juden und Deutschland und Mitteleuropa in Französischen Internierungslagern 1940-1942, Berlin, Freie Universität Berlin, 1992.
 Eismann Gaël, Hôtel Majestic. Ordre et sécurité en France occupée (1940-1944), Paris, Tallandier 2010.
 Emsley Clive, Soldier, Sailor, Beggarman, Thief, Crime and the British Armed Services since 1914, Oxford, OUP, 2013.
 Farcy Jean-Claude, Les camps de concentration français de la première guerre mondiale (1914-1920), Paris, Editions Anthropos, 1995.
 Gerlach Christian, Kalkulierte Morde: die Deutsche Wirtschafts- und Vernichtungspolitik in Weissrussland 1941 bis 1944, Hamburg: Hamburger Edition 1999.
 Grynberg Anne, Les Camps de la honte. Les Internés juifs des camps français, 1939-1942, Paris, 1992.
 Hankel Gerd, Die Leipziger Prozesse: deutsche Kriegsverbrechen und ihre strafrechtliche Verfolgung nach dem Ersten Weltkrieg, Hamburg: Hamburger Edition 2003.
 Herbert Ulrich, Dieckmann Christoph et Orth Karin (ed.), Die Nationalsozialistischen Konzentrationslager. Entstehung und Struktur, 2 vol., Göttingen, Wallstein, 1998
 Huyse Luc, Dhondt Steven, La répression des collaborations 1942-1952. Un passé toujours présent, Bruxelles, 1993.
 Jahr Christoph, Gewöhnliche Soldaten: Desertion und Deserteure im deutschen und britischen Heer, 1914-1918. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht 1998.
 Johnson Eric.A., Nazi Terror, The Gestapo, Jews, and Ordinary Germans, New York, Basic Book, 1999.
 Lilly Robert, Taken by Force: Rape and American GIs in Europe During World War II, Palgrave, 2007.
 Loez André, Mariot Nicolas (dir)... Obéir/Désobéir. Les mutineries de 1917 en perspective, Paris, La Découverte, 2008.
 Messerschmidt Manfred, Die Wehrmachtjustiz 1933-1945, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 2008.
 Offenstadt Nicolas, Les fusillés de la grande guerre et la mémoire collective (1914-1999), Paris, Odile Jacob, 1999.
 Peschanski Denis, La France des camps. L'internement 1938-1946, Paris, Gallimard, 2002.
 Pluviano Marco, Guerrini Irene, Le fucilazioni sommarie nella prima guerra mondiale, Udine, Gaspari 2004.
 Putkowski, Julian, Sykes, Shot at Dawn: Executions in World War One by Authority of the British Army Act, England, Pen & Sword, 1996.
 Romijn Peter, Snel, streng en rechtvaardig. Politiek beleid inzake de bestraffing en reclasserung van 'foute' Nederlanders, 1945-1955, [Houten] 1989.
 Seidler, Franz W., Die Militärgerichtsbarkeit der Deutschen Wehrmacht 1939-1945, Verlag S. Bublies 19992.
 Thomas Jürgen, Wehrmachtsjustiz und Widerstandbekämpfung, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1998.

4. Colonisations, maintien de l'ordre et répression

Anderson David, Killingray David, eds., Policing and Decolonisation: Politics, Nationalism and the Police, 1917-1965, Manchester, Manchester UP, 1992.
 Anderson David, Killingray David, eds., Policing the Empire: Government, Authority and Control, 1830-1940, Manchester, Manchester UP, 1991.

Bat Jean-Pierre, Courtin Nicolas, Maintenir l'ordre colonial. Afrique et Madagascar, XIXe-XXe siècles, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2012.

Bernault Florence (ed.), A History of Prison and Confinement in Africa, Portsmouth (NH), Heinemann, 2003.

Branche Raphaële, La torture et l'armée pendant la guerre d'Algérie, Paris, Gallimard, 2001.

Brown, Mark, Penal Power and Colonial Rule, Oxon-New-York, Routledge, 2014.

Godfrey Barry and Dunstall Graeme (ed.), Crime and Empire 1840-1940; Criminal justice in local and global context, Willan Publishing; Cullompton, 2005.

Kalifa Dominique, Biribi, Les bagnes coloniaux de l'armée française, Paris, Perrin, 2009.

Kolsky Elizabeth, Colonial Justice in British India White Violence and the Rule of Law, (Cambridge, Cambridge UP, 2009).

Martin Thomas, Violence and Colonial Order: Police, Workers and Protest in the European Colonial Empires, 1918-1940, Cambridge, CUP, 2012.

Piret Bérengère, Brailon Charlotte, Montel Laurence, Plasman Pierre-Luc (ed.), Droit et justice en Afrique coloniale. Traditions, productions et réformes, Bruxelles, Université Saint-Louis, 2013.

Sinclair Georgina, At the end of the line: Colonial policing and the imperial endgame, 1945-80 Manchester, Manchester UP, 2006.

Thénault Sylvie, Une drôle de justice. Les magistrats dans la guerre d'Algérie, Paris, La Découverte, 2001.

Wiener Martin J., An Empire on Trial. Race, Murder, and Justice under British Rule (1870-1935), Cambridge, CUP, 2009.

IV. Représentations, Crimes et Criminels

1. Discours sur le crime, experts et pratiques juridiques

Ambroise-Rendu Anne-Claude, Peurs privées, angoisses publiques. Un siècle de violences en France, Paris, Larousse, 2001.

Artières Philippe (ed.), Le livre des vies coupables. Autobiographies de criminels (1896-1909), Paris, Albin Michel, 1999.

Becker Peter, Verderben und Entartung. Eine Geschichte der Kriminologie des 19. Jahrhunderts als Diskurs und Praxis, Göttingen, 2002.

Becker Peter, Richard Wetzell (ed.), Criminals and their Scientists: the History of Criminology in Comparative Perspective, New York, 2006.

Berlière, J.M., Le crime de Soleiland. Les journalistes et l'assassin, Paris, Tallandier, 2003.

Cartuyvels Yves, Dou vient le code pénal? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIIIe siècle, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1996.

Davie Neil, Tracing the Criminal. The Rise of Scientific Criminology in Britain (1860-1918), Oxford, The Bardwell Press, 2005.

Gibson Mary, Born to Crime: Cesare Lombroso and the Origins of Biological Criminology, Westport (CT), Praeger Press, 2002.

Kalifa, Dominique, L'Encre et le Sang. Récits de crimes et société à la Belle Époque, Fayard, Paris, 1995.

Le Naour Jean-Yves, Valenti Catherine, Histoire de l'avortement (XIXe-XXe siècle), Paris, Le Seuil, 2003.

Maza Sarah, Private Lives and Public Affairs: the Causes Celebres of Pre-Revolutionary France, Stanford, U California Press, 1993. (trad. française), Vies privées, affaires publiques. Les causes célèbres de la France prérévolutionnaire Paris, Fayard, 1997.

Mucchielli Laurent (ed.), Histoire de la criminologie française, Paris, 1994.

Müller Philipp, Auf der Suche nach dem Täter. Die öffentliche Dramatisierung von Verbrechen im Berlin des Kaiserreichs, Frankfurt/New York, Campus Verlag, 2010.

Pifferi Michele, L'individualizzazione della pena; Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento, Milano, Giuffrè editore, 2013.

Porret Michel, Beccaria. Le droit de punir (Paris, Michalon, 2003).

Rafter Nicole (ed.), The Origins of Criminology: A Reader, Oxon, New York, Routledge, 2009.

Rafter Nicole, The Criminal Brain. Understanding Biological Theories of Crime, New York, New York UP, 2009.

Renneville Marc, Le langage des crânes. Une histoire de la phrénologie, Paris, Les empêcheurs de penser en rond, 2000.

Renneville Marc, Crime et folie. Deux siècles d'enquêtes médicales et judiciaires, Paris, Fayard, 2003.

Schauz Désirée, Freitag Sabine (ed.), Verbrecher im Visier der Experten, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2007.

Vyleta Daniel M., Crime, Jews and News. Vienna 1895-1914, New York-Oxford, Berghahn Books, 2012.

Wetzell Richard, Inventing the Criminal: A History of German Criminology, Chapel Hill, NC, 2000.

Wiener Martin J., Reconstructing the Criminal: Culture, Law and Policy in England, 1839-1914, Cambridge, 1990.

Wright Gordon, Between the guillotine and liberty: two centuries of the crime problem in France, New York: OUP, 1983.

2. Criminels et déviants

Allinne Jean-Pierre, Soula Mathieu, Les récidivistes. Représentations et traitements de la récidive (XIXe-XXe siècles), Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2011.

Behan Tom, See Naples and Die: the Camorra and organised crime, I.B. Tauris, 2002.

Blok Anton, The Mafia of a Sicilian Village 1860-1960. A Study of Violent Peasant Entrepreneurs, Oxford, 1974.

Brion Fabienne, Schaut Christine, Rea Andrea, Tixhon Axel (ed.), Mon délit, mon origine ? Criminalité et criminalisation de l'immigration en Belgique, Bruxelles, DeBoeck, 2001.

Broers Michael, Napoleon's Other War. Bandits, Rebels and their Pursuers in the Age of Revolutions, Oxford, Peter Lang, 2010.

Chauvaud Frédéric, Les criminels du Poitou au XIXe siècle. Les monstres, les désespérés et les voleurs (La Crèche, Geste éditeur, 1999).

Evans Richard J. (ed.), The German Underworld. Deviants and Outcasts in German History, London/New York, 1988.

Godfrey Barrie S., Cox David J., Farrall Stephen D., Serious Offenders. A Historical Study of Habitual Criminals, Oxford, OUP, 2010.

Hobbsawm Eric J., Bandits, New York, Rev. edn., 1981.

Robb Georges, White-Collar Crime in Modern England: Financial Fraud and Business Morality, 1845-1929, Cambridge, CUPCUP, 1992.

Tournier Pierre, Robert Philippe, Étrangers et Délinquances, les chiffres du débat, Paris, l'Harmattan, 1991.

3. Genre, femmes, prostitution, délinquants juvéniles

Bristow Edward J., Vice and vigilance: purity movements in Britain since 1700, Dublin, Gill and Macmillan, 1977.

Brown Alyson, Sparks Ian, Barrat David, Knowledge of evil: child prostitution and child sexual abuse in twentieth-century England, Cullompton, Willan, 2002.

Corbin Alain, Les Filles de nocce: misère sexuelle et prostitution au XIXe siècle, Paris, Flammarion, 1978.

Cox Pamela, Shore Heather (ed.), Becoming delinquent: British and European youth, 1650-1950, Ashgate, Aldershot, 2002.

De Weirt Xavier et Rousseaux Xavier (ed.), Violences juvéniles urbaines en Europe. Histoire d'une construction sociale, Louvain, Presses Universitaires de Louvain, 2011.

Gibson Mary, Prostitution and the State in Italy, 1860-1915, 2e ed., Columbus, University of Ohio Press, 2000.

Harsin Jill, Policing prostitution in nineteenth-century Paris, Princeton, N.J., Princeton UP, 1985.

Jackson Louise A., Child sexual abuse in Victorian England, London, New York, Routledge, 2000.

Lambert Karine, Itinéraires féminins de la déviance. Provence 1750-1850, Aix-en-Provence, Presses Universitaires de Provence, 2012.

Leukel Sandra, Strafanstalt und Geschlecht. Geschichte des Frauenstrafvollzugs im 19. Jahrhundert (Baden und Preussen), Leipzig, Leipzig Universitätsverlag, 2010.

Luddy Maria, Prostitution and Irish Society 1800-1940, Cambridge, CUP, 2007.

Logan Anne, Feminism and Criminal Justice. A Historical Perspective, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2008.

Matlock Jann, Scenes of seduction: prostitution, hysteria, and reading difference in nineteenth-century France, New York, Columbia UP, 1994.

Meer van der T., " De wesentlijcke sonde van sodomie en andere vuyligheden ". Sodomitenvolgen in Amsterdam, 1730-1811 Amsterdam, 1984.

Revenin Régis, Homosexualité et prostitution masculines à Paris, 1870-1918, Paris, l'Harmattan, 2005.

Rydstöm Jens, Mustola Kati (ed.), Homosexuality and criminal law in Scandinavia (1842-1999), Amsterdam, Aksant, 2007.

Shapiro Ann-Louise, Breaking the Codes. Female criminality in Fin-de-Siècle Paris, Stanford, Stanford UP, 1996.

Tarraud Christelle, La prostitution coloniale. Algérie, Tunisie, Maroc (1830-1962), Paris, 2003.

Tedebrand Lars-Göran (ed.), Sex, state and society: comparative perspectives on the history of sexuality, (Stockholm), Almqvist & Wiksell International, 2000.

Tillier Annick, Des criminelles au village. Femmes infanticides en Bretagne (1825-1865), Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2001.

Virgili Fabrice, La France « virile ». Des femmes tondues à la libération, Paris, Payot, 2000.

Walkowitz Judith R., Prostitution and Victorian society: women, class, and the state, Cambridge, CUP, 1980.

4. Violences

Audoin-Rouzeau Stéphane, L'enfant de l'ennemi. 1914-1918. Viol, avortement, infanticide pendant la Grande Guerre, Paris, Aubier, 1995.

Audoin-Rouzeau Stéphane, Becker Annette, Ingrao Christian, Rouso Henri, La Violence de guerre 1914-1945, Bruxelles, Complexe, 2002.

Brown Howard, Ending the French Revolution: Violence, Justice, Repression, from the Terror to Napoleon Charlottesville, University of Virginia Press, 2006.

Chauvaud Frédéric, De Pierre Rivière à Landru: la violence approuvée au XIXe siècle, Turnhout, Brepols, 1991.

Chauvaud Frédéric, Mayaud Jean-Luc, Les violences rurales au quotidien, Paris, La Boutique de l'histoire, 1999.

Clavier Elisabeth, Lamaison Pierre, L'impossible mariage. Violence et parenté en Gévaudan, XVIIe, XVIIIe et XIXe siècles, Paris, Hachette, 1983.

Corbin Alain, Le village des cannibales, Paris, Aubier, 1990.

Crone Rosalind, Violent Victorians. Popular Entertainment in Nineteenth-Century London, Manchester, Manchester UP, 2012.

Dunning Eric, Murphy Patrick, Williams John., The Roots of Football Hooliganism: an historical and sociological study, London, Routledge & Kegan, 1988.

Eisner Manuel, Das Ende der zivilisierten Stadt. Die Auswirkungen von Modernisierung und städtischem Strukturwandel auf Gewaltdelinquenz, Frankfurt am Main, Campus, 2d Edition, 1998.

Eisner Manuel, "Long-Term Historical Trends in Violent Crime" in Crime and Justice: A Review of Research, Vol. 30, (2003): 83-142.

El Kenz David, Le massacre, objet d'histoire, Paris, Gallimard, 2005.

Elder Sace, Murder Scenes. Normality, Deviance, and Criminal Violence in Weimar Berlin, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2010.

Emley Clive, Hard Men. Violence in England since 1750, London, New York, Hambledon & London, 2005.

Gellately Robert, Kiernan Ben, The Specter of Genocide: Mass Murder in Historical Perspective, CUP, 2003.

Gerlach Christian, Extremely Violent Societies. Mass Violence in the Twentieth-Century World, New York, CUP, 2010.

Horne John, Kramer Alan, The German Atrocities of 1914: A History of Denial, Yale, Yale UP, 2001.

Kurgan-Van Hentenrijk Ginette (ed.), Un pays si tranquille ? La violence en Belgique au XIXe siècle, Bruxelles, Editions de l'ULB, 1999.

Lapalus Sylvie, La mort du vieux. Une histoire du parricide au XIXe siècle, Paris, Tallandier, 2004.

Levene Mark, Roberts Penny (ed.), The Massacre in History, New York – Oxford, 1999.

Lindenberger Thomas, Lüdtke Alf (ed.), Physische Gewalt. Studien zur Geschichte der Neuzeit, Frankfurt am Main, 1995.

Mucchielli Laurent, Spierenburg Pieter, Histoire de l'homicide en Europe. De la fin du Moyen Âge à nos jours, Paris, La Découverte, 2009.

Ploux François, Guerres paysannes en Quercy. Violences, conciliations et répression pénale dans les campagnes du Lot (1810-1860), Paris, Boutique de l'histoire, 2002.

Roché Sébastien, Sociologie politique de l'insécurité. Violences urbaines, inégalités et globalisation, Paris, Presses Universitaires de France, 1998.

Ruff Julius R., Violence in Early Modern Europe 1500-1800, Cambridge UP, 2001.

Spierenburg Pieter (ed.), Men and Violence. Gender, Honor, and Rituals in Modern Europe and America, Columbus, Ohio State UP, 1998.

Spierenburg Pieter, A History of Murder. Personal Violence in Europe from the Middle Ages to the Present, Cambridge, Polity Press, 2008.

Ternon Yves, Guerres et génocides au XXe siècle. Architectures de la violence de masse, Paris, Odile Jacob ? 2007.

Thurston Robert W., Lynching: American Mob Murder in Global Perspective, Ashgate, 2011.

Watson Katherine D. (ed.), Assaulting the Past Violence and Civilization in Historical Context, Newcastle, Cambridge Scholars Publishing, 2007.

Werth Nicolas, L'ivrogne et la marchande de fleurs. Autopsie d'un meurtre de masse 1937-1938, Paris, Tallandier, 2009.

Wiener Martin, "Men of Blood": Violence, Manliness and Criminal Justice in Victorian England, CUP, 2003.

Wilson Steven, Feuding, Conflict and Banditry in Nineteenth-Century Corsica, Cambridge, CUP, 1988.

Ylikangas Heikki, Petri Karonen, Martti Lehti, Five Centuries of Violence in Finland and the Baltic Area, Columbus, University of Ohio Press, 2001.

Zwaan Toot, Politiek geweld. Etnisch conflict, oorlog en genocide in de twintigste eeuw, Zutphen NIOD/Walburg Pers, 2005.

V. Institutions Repressives

1. Polices

Berlière Jean-Marc, Lévy René, Histoire des polices en France de l'Ancien Régime à nos jours, Paris, Nouveau Monde poche, édition revue et mise à jour, 2013.

Berlière Jean-Marc, Chabrun Laurent, Les policiers français sous l'Occupation d'après les archives inédites de l'épuration, Paris, Perrin, 2001.

Berlière Jean-Marc, Le Préfet Lépine. Vers la naissance de la Police moderne, Paris, Denoël, 1993.

Berlière Jean-Marc, Vogel Marie, Police, état et société en France (1930-1960): essai bibliographique, Paris, CNRS-IHTP, 1997.

Blanc-Chaléard, Marie-Claude, Douki Caroline, Dyonet Nicole, Milliot Vincent (ed.), Police et migrants. France 1667-1939, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2001.

Blaney Gerald, Policing Interwar Europe. Continuity, Change and Crisis (1918-1940), Basingstoke, Palgrave, 2007.

Canoy Jose Raymond, The discreet charm of the police state. The Landpolizei and the transformation of Bavaria (1945-1965), Leiden, Boston, Brill, 2007.

Deflem Mathieu, Policing World Society: Historical Foundations of International Police Co-operation, OUP, 2002.

Denis Vincent, Denys Catherine, Polices d'Empires (XVIIIe-XIXe siècles), Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2012.

Denys Catherine (ed.), Circulations policières 1750-1914, Lille, Presses Universitaires de Lille, 2012.

Emley Clive, The English Police: a Political and Social History, Hemel Hempstead, Harvester Wheatsheaf, 1991.

Emley Clive, Weinberger Barbara, Policing Western Europe. Politics, Professionalism and Public Order, 1850-1940, Westport (Conn.), Greenwood Press, 1991.

Emley Clive, Gendarmes and the State in Nineteenth-Century Europe, Oxford, OUP, 1999.

Fijnaut Cyrille, A History of the Dutch police, Amsterdam, Boom, 2008.

Jäger Jens, Verfolgung durch Verwaltung. Internationales Verbrechen und internationale Polizeioperation (1880-1933), Konstanz, UVK, 2006.

Kalifa Dominique, Naissance de la police privée. Défectives et agences de recherches en France (1832-1942), Paris, Plon, 2000.

La Gendarmerie. De l'entre-deux-guerres aux années soixante. Revue de la gendarmerie, Hors-série n° 3, 3e trim. 2002.

La Gendarmerie. De La Révolution à l'entre-deux-guerres. Revue de la gendarmerie nationale, Hors série, 1991.

Lindenberger Thomas, Straßenpolitik. Zur Sozialgeschichte der öffentlichen Ordnung in Berlin, 1900-1914, Bonn, Dietz, 1995.

Lindenberger Thomas, Volkspolizei/Herrschaftspraxis und öffentliche Ordnung im SED-Staat 1952-1968, Köln; Böhlau Verlag, 2003.

Luc Jean-Noël, Gendarmerie, État et Société au XIXe siècle, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002.

Majerus Benoît, Occupations et logiques policières. La police bruxelloise en 1914-1918 et 1940-1945, Bruxelles, Académie Royale de Belgique, 2008.

Mazower Mark (ed.), The policing of politics in the twentieth century. Historical Perspectives (Oxford-New York, Berghahn, 1997.

Meershoek Guus, Dienaren van het gezag: De Amsterdamse politie tijdens de bezetting, Amsterdam, 1992.

Monjardet Dominique, Ce que fait la police. Sociologie de la force publique, Paris, La Découverte, 1996.

Napoli Paolo, Naissance de la Police moderne. Pouvoirs, normes, société, Paris, La découverte, 2003.

Oram Gerard (ed.), Conflict & Legality. Policing mid-twentieth century Europe, London, Francis Boutle Publishers, 2003.

Ordre public et histoire. La naissance d'une mémoire. Les cahiers de la sécurité intérieure, n° 17, 3e trim, 1994.

Smith Philip Thurmond, Policing Victorian London: Political Policing, Public Order and the London Metropolitan Police, Westport (Conn.), Greenwood Press, 1985.

2. Administration de la justice

Arnaud-Duc Nicole, La discipline au quotidien. La justice correctionnelle dans la Provence aixoise au XIXe siècle, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 1997.

Aubusson de Cavarlay Bruno, Huré Marie-Sylvie, Pottier Marie-Lys, La justice pénale en France. Résultats statistiques (1934-1954), Paris, Institut d'histoire du temps présent, 1993 (Cahiers de l'IHTP n° 23).

Bancaud Alain, La haute magistrature française entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes, Paris, LGD, 1993.

Bard Christine, Chauvaud Frédéric, Perrot Michelle, Petit Jacques (ed.), Femmes et justice pénale (XIXe-XIXe siècles), Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2002.

Baruch Marc-Olivier, Duclert Vincent (ed.), Justice, politique, et République. De l'affaire Dreyfus à la guerre d'Algérie, Bruxelles, Complexe, 2002.

Chauvaud Frédéric, Le juge, le tribunal et le comptable. Histoire de l'organisation judiciaire entre les pouvoirs, les savoirs et les discours (1789-1930), Paris, Economica, 1995.

Chauvaud Frédéric, Les experts du crime. La médecine légale en France au XIXe siècle, Paris, Aubier, 2000.

Davis John A., Conflict and Control: Law and Order in Nineteenth-Century Italy, Basingstoke, Macmillan Education, 1988.

Donovan James M., Juries and the transformation of Criminal Justice in France in the Nineteenth & Twentieth centuries, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2010.

Dumont Jean-Noël, Histoire et Justice. Peut-on juger l'histoire ?, Lyon, Le collège supérieur, 2002.

Farcy Jean-Claude, Kalifa Dominique, Luc Jean-Noël, L'enquête judiciaire en Europe au XIXe siècle, Paris, Créaphis éditions, 2007.

Gellately Robert, Sheila Fitzpatrick, Accusatory Practices: Denunciation in Modern European History, 1789-1989, Chicago UP, 1997.

Hochkamp, Michaela, Ulbrich Claudia (ed.), Der Staatsbürger als Spitzel. Denunziation während des 18. und 19. Jahrhunderts aus europäischer Perspektive, Leipzig, Leipziger Universitätsverlag, 2001.

Kesper-Biermann Sylvia, Einheit und Recht. Strafgesetzbuch und Kriminalrechtsexperten in Deutschland vom Beginn des 19. Jahrhunderts bis zum Reichstrafgesetzbuch, 1871, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2009.

L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération, Paris, Loysel, 1994.

Martin Benjamin F., Crime and Criminal Justice Under the Third Republic. The Shame of Marianne, Baton Rouge-London, Louisiana State UP, 1990.

Sogner Solvi (red.), Fact, fiction and forensic evidence. Tid og Tanke, skriftserie fra Historisk institutt, UiO 2/1997.

Vesentini Frédéric, Pratiques pénales et structures sociales. L'Etat belge et la répression du crime en temps de crise économique (1840-1860), Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2005.

Wahnich Sophie, Une histoire politique de l'amnistie. Etudes d'histoire, d'anthropologie et de droit, Paris, PUF, 2007.

3. Protection de la jeunesse et institutions pour mineurs

Dupont-Bouchat Marie-Sylvie, Pierre Eric (ed.), Enfance et justice au XIXe s. Essais d'histoire comparée de la protection de l'enfance 1820-1914 (France, Belgique, Pays-Bas, Canada), Paris, PUF, 2001.

Ruchat Martine, Loiseau et le cachot. La naissance de l'éducation correctionnelle en Suisse romande au 19e siècle, Genève, Edition Zoé, 1993.

Gaillac Henri, Les maisons de correction. 1830-1945, Paris, Cujas, 1971.

Christiaens Jenneke, De geboorte van de jeugddelinquent (België, 1830-1930), Bruxelles, VUB Press, 1999.

Leonards Chris, De ontdekking van het onschuldige criminele kind: bestraffing en opvoeding van criminele kinderen in jeugdgevangenis en opvoedingsgesticht: 1833-1986, Hilversum, Verloren, 1995.

Niget David, La naissance du tribunal pour enfants. Une comparaison France-Québec (1912-1945), Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2009.

4. Peines et pratiques d'enfermement

Adams Bruce F., The Politics of Punishment. Prison Reform in Russia, 1863-1917, DeKalb (Illinois), Northern Illinois UP, 1996.

Ammerer Gerhard (ed.), Gefängnis und Gesellschaft: zur (Vor-)Geschichte der strafenden Einsperrung, Leipzig: Leipziger Universitätsverlag, 2003.

Ammerer Gerhard, Brunhart (Arthur), Scheutz (Martin), Weiss (Alfred Stefan), Orte der Verwahrung. Die innere Organisation von Gefängnissen, Hospitälern und Klöstern seit dem Spätmittelalter, Leipzig, Leipzig Universitätsverlag, 2010.

Badinter Robert, La Prison républicaine (1871-1914), Paris, Fayard, 1992.

Bretschneider Falk, Gefangene Gesellschaft. Eine Geschichte der Einsperrung in Sachsen vom 18. bis zum 19. Jahrhundert, Konstanz, UVK, 2008.

Bretschneider Falk, Scheutz Martin, et WEISS Alfred Stefan (ed.), Personal und Insassen von « Totalen Institutionen » - zwischen Konfrontation und Verflechtung, Leipzig, Leipziger Universitätsverlag, 2011.

Brown Alyson, English Society and the Prison: Time, Culture and Politics in the Development of the Modern Prison, 1850-1920, Boydell & Brewer, 2003.

Cameron Joy, Prisons and Punishment in Scotland from the Middle Ages to the Present, Edinburgh, Canongate, 1983.

Cesarani David, Kushner Tony (ed.), The Internment of Aliens in Twentieth Century Britain, London, Frank Cas, 1993.

Deyon Pierre, Le temps des prisons: essai sur l'histoire de la délinquance et les origines du système pénitentiaire, Villeneuve d'Ascq, Université de Lille III, 1975.

Ekirch, A.R., Bound for America. The transportation of British convicts to the colonies, 1718-1775, Oxford, 1987.

Eriksson, Torsten, The reformers: an historical survey of pioneer experiments in the treatment of criminals, New York: Elsevier Scientific Pub. Co., 1976.

Evans Richard, Rituals of Retribution: Capital Punishment in Germany 1600-1987, Oxford, OUP, 1996.

Finnegan Frances, Do Penance or Perish. A Study of Magdalen Asylums in Ireland, Piltown, Congrave Press, 2002.

Fize Michel, Une prison dans la ville: histoire de la prison modèle de La Santé, 2e époque 1914-1983, Paris, Ministère de la justice, 1983.

Forsythe William James, The reform of prisoners, 1830-1900, London, Croom Helm 1987.

Franke Herman, The Emancipation of Prisoners. A socio-historical analysis of the Dutch prison experience, Edinburgh, Edinburgh UP, 1995.

Gatrell, Vic.-A.-C., The Hanging Tree. Execution and the English People, 1770-1868, Oxford, OUP 1994.

Jacovetta Franca, Enemies Within. Italian and Other Internees in Canada and Abroad, Toronto, University of Toronto Press, 2000.

Ignatieff Michael, A just measure of pain: the penitentiary in the Industrial Revolution, 1750-1850, New York, Columbia UP, 1978.

Jaladieu Corinne, La prison politique sous Vichy. L'exemple des centrales d'Esses et de Rennes, Paris, L'Harmattan, 2007.

Joannic-Seta Frédéric, Le bagne de Brest 1749-1800. Naissance d'une institution carcérale au siècle des Lumières, Rennes, PU Rennes, 2000.

Kaczynska Elzbieta, Das Grösste gefängnis der Welt. Sibirien als Strafkolonie zur Zarenzeit, Campus, Frankfurt/New York, 1994.

Klewin Silke, Reinke Herbert, Sälter Gerhard (ed.), Hinter Gittern. Zur Geschichte der Inhaftierung zwischen Bestrafung, Besserung und politischen Ausschuss vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart, Leipzig, Leipzig Universitätsverlag, 2010.

Krakovitch Odile, Les femmes bagnardes, Paris, Olivier Orban, 1980.

Le Quang Sang Julie, La loi et le bourreau. La peine de mort en débats (1870-1985), Paris, L'Harmattan, 2001.

Martschukat Jürgen, Inszeniertes Töten. Eine Geschichte der Todesstrafe vom 17. bis zum 19. Jahrhundert, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2000.

Melossi Dario, Pavarini Massimo, The prison and the factory: the origins of the penitentiary system, London, Macmillan, 1981.

Morgan (Gwenda), Rushton (Peter), Banishment in the Early Atlantic World. Convicts, Rebels and Slaves, London-New Delhi-New York-Sydney, Bloomsbury, 2013.

O'Brien Patricia, The Promise of Punishment: Prisons in Nineteenth Century France, Princeton, Princeton UP, 1982.

Oliver Olmo (Pedro) El siglo de los castigos. Prisión y formas carcelarias en la España del siglo XX, Barcelona, Anthropos, 2013.

Orth Karin, Die Konzentrationslager SS. Sozialstrukturelle Analysen und biographische Studien einer nationalsozialistischen Funktionselite, Göttingen, Wallstein, 1999.

Perrot Michelle, Recherches sur le système pénitentiaire au 19e siècle, Paris, Seuil, 1980.

Petit Jacques-Guy, La prison, le bagne et l'histoire, Genève, Librairie des méridiens, 1981.

Petit Jacques-Guy, Ces peines obscures. La prison pénale en France 1780-1875, Paris, Fayard, 1990.

Petit, Jacques-Guy, Castan Nicole, Faugeron Claude, Pierre Michel, Zysberg André, Histoire des galères, bagnes et prisons, Privat, 1991, 2002.

Pierre Michel, La terre de la grande punition, Paris, Ramsay, 1981.

Répression et prison politiques en France et en Europe au XIXe siècle, Paris, Société d'histoire de la révolution de 1848 et des révolutions du XIXe siècle, Grâne, Créaphis, 1990.

Rosenblum Warren, Beyond the prison gates. Punishment and welfare in Germany, 1850-1933, Chapel Hill, The University of North Carolina UP, 2008.

Roth Robert, Pratiques pénitentiaires et théorie sociale: l'exemple de la prison de Genève (1825-1862), Genève, Droz, 1981.

Sanchez Jean-Lucien, À perpétuité. Relégués au bagne de Guyane, Paris, Vendémiaire, 2013.

Sharpe James A., Judicial Punishment in England, London-Boston, Faber & Faber, 1990.

Spierenburg Pieter (ed.), The Emergence of Carceral Institutions prisons, galleys and lunatic asylums, 1550-1900, Rotterdam, Erasmus Universiteit Rotterdam, 1984.

Spierenburg Pieter, The Prison Experience. Disciplinary Institutions and their Inmates in Early Modern Europe, Cambridge, 1991.

Taieb Emmanuel, La guillotine au secret. Les exécutions publiques en France, 1870-1939, Paris, Belin, 2011.

Van Dülmen, Richard, Verbrechen, Strafen und soziale Kontrolle, Frankfurt/Main, 1990.

Vimont Jean-Claude, La prison politique en France. Genèse d'un mode d'incarcération spécifique XVIIIe-XXe siècle, Paris, Anthropos-Economica, 1993.

Wachsmann, Hitler's Prisons: Legal Terror in Nazi Germany, New Haven, London, 2004.

5. Justice international et transitionnelle

Blokhman David, Genocide on Trial. War Crimes, Trials and the Formation of Holocaust History and Memory, Oxford, OUP, 2001.

Crowe David M., (ed.), Crimes of State Past and Present. Government-Sponsored Atrocities and International Legal Responses, Routledge, Abingdon-New York, 2011.

Delage Christian, Goodrich Peter, The Scene of the Mass Crime. History, film and international Tribunals, Routledge, 2013.

Delpla Isabelle, Bougarel Xavier, Fournel Jean-Louis (ed.), Investigating Srebrenica. Institutions, Facts, Responsibilities, New-York – Oxford, Berghahn, 2012.

Elster Jon, Closing the books. Transitional Justice in Historical Perspective, Cambridge, CUP, 2004.

Osiel Mark, Mass Atrocity, Collective memory and the Law, New Brunswick (NJ), Transaction, 1997.

Wieworka Annette (ed.), Les Procès de Nuremberg et de Tokyo, Bruxelles, Complexe, 2006.

Una institución medieval de posible origen germánico para la resolución de la querrela por rapto: El medianedo en los fueros municipales

Yolanda Quesada Morillas

The presented contribution examines the offence of 'kidnapping of women', especially in the Middle Ages. Then it will continue with the subject of 'medianedo', a procedure that was known in some local laws, but is by and large unknown to the legal history. The procedure itself, the requirements for its invocation and the procedural effects for the kidnapper and the kidnapped will be presented. The latter had a right of choice in these matters.

Im vorliegenden Beitrag wird das Delikt des „Frauenraubes“, vor allem im Mittelalter untersucht. Sodann geht es um das sogenannte „medianedo“, ein Verfahren, das einige städtische Lokalrechte kannten, aber weitgehend rechtshistorisch unbekannt ist. Dargestellt finden sich das Verfahren an sich, seine Voraussetzungen und seine strafprozessualen Folgen sowohl für den Frauenräuber, als auch für die Geraubte. Letztere hatte ein sogenanntes „Wahlrecht“ in diesem Verfahren.

Con el presente trabajo se va a analizar el delito de rapto especialmente en la Edad Media y, concretamente, en determinados fueros municipales que recogen un procedimiento desconocido en la Península Ibérica hasta ese momento: el procedimiento de medianedo. Se analizará en qué consiste y cuáles son los requisitos para que se pueda llevar a cabo, así como sus consecuencias penales, tanto para el raptor como para la raptada, que es la que tiene el poder de elección en este procedimiento.

I. Introducción

El rapto ha sido un delito que no ha variado en su estructura constitutiva a lo largo de los siglos hasta su despenalización en el Código penal español de 1995. Básicamente ha consistido, desde su origen, en la sustracción y el subsiguiente traslado a un lugar seguro por un hombre – el raptor– de una mujer –la raptada–, mediando coerción o fuerza. Fuerza no entendida en sentido estricto como violencia física sobre la víctima, sino que también cabía hacerlo en contravención con la propia voluntad de los padres de la raptada, independientemente de la connivencia de ésta en el acto.

La finalidad que motivaba la comisión del rapto podía ser doble: se raptaba bien con un fin sexual –violación–, o bien matrimonial. Aunque precisar que no es necesario que se alcanzase su fin para que el delito quedase completado.

Los bienes jurídicos protegidos con la penalización del rapto apenas se han visto afectados con el devenir del tiempo, permaneciendo en buena medida invariables. El honor familiar, por un lado, esencialmente el del padre o marido –en caso de estar casada la raptada– y, por otro, la honestidad y castidad de la raptada que en caso de rapto quedaba ultrajada, son los bienes jurídicos protegidos. Si la mujer estaba soltera o a Deus dedicatæ, el bien jurídico a proteger también era el de su virginidad. Bienes jurídicos íntimamente relacionados entre sí, entendiéndose que lo acaecido a un miembro de la familia –en este caso la

hija o esposa– no sólo afectaba a éstas sino, también, al honor familiar.

La concepción que tenía la sociedad de cada momento de la familia y, en especial, sobre la mujer y el matrimonio, así como la influencia moralizante que la propia Iglesia católica ejerció desde la primera regulación autónoma del delito en el siglo IV d.C.¹, podemos considerarlos como factores decisivos en el modo en que en cada etapa ha considerado al rapto. No obstante, si su propia morfología delictual prácticamente no ha cambiado desde sus primeras regulaciones en el Dominado romano, si lo ha hecho el del ámbito de su persecución y la propia tipología de la pena a imponer. Su consideración de delito de naturaleza privada o pública, esto es, perseguible a instancia de parte o ex officio por el poder público, conllevó un importante cambio no sólo en el ejercicio de la iurisdictio sino, también, en el modelo procesal, características procedimentales y en la penología. El presente trabajo tiene como intención abordar el estudio de una institución medieval que permitió enjuiciar el rapto en un momento en que el delito gozaba de naturaleza privada: hablamos del procedimiento a medianedo.

II. El rapto en la Edad Media.

La Edad Media en la Península Ibérica viene marcada por unos factores muy concretos que hacen que se dé una gran diversidad jurídica. El hecho de la conquista musulmana y su subsiguiente reconquista y repoblación cristiana llevó a que cada territorio conquistado tuviese su propio derecho –fueros municipales–, dándose, por tanto, una diversidad jurídica abrumadora.

De tal manera que, teniendo en cuenta la concepción social que en cada momento se tiene sobre la familia, y en concreto sobre la mujer, como ya señaláramos, y las fuentes jurídicas que regulaban el rapto, tal y como señala Hinojosa, “la estrecha sujeción de las mujeres a la autoridad doméstica en los primeros siglos de la Edad Media se explica en parte por las costumbres rudas y semibárbaras de aquellos tiempos y por la falta de un poder público fuerte y vigoroso que ampararse a la persona y bienes de los súbditos”². Añadiendo además, que “a diferencia de lo

¹ Constitución de Constantino de 320 (C.Th. 9.24.1 Constantini M. Edictum aduersus raptum Virginum I. (Imp. Constantinus A. Ad Populum)). Vid. QUESADA MORILLAS, Y., El delito de rapto en el Derecho castellano. Un análisis histórico-jurídico, Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2014, en prensa, en especial pp. 107 y ss.

² HINOJOSA Y NAVEROS, E. de, “Sobre la condición de la mujer casada en la esfera del Derecho Civil”, en Obras Completas, T. II, Madrid, 1955, p. 360.

que se observa en el período visigótico, encontramos la tutela del sexo, no ya sólo con relación a la mujer casada, sino respecto de la soltera mayor de edad y aun de la viuda, en los tiempos posteriores a la invasión árabe. Si consideramos los riesgos que asediaban constantemente a la mujer, de los cuales permite formar alguna idea la mención frecuentísima del rapto en los fueros municipales, se comprenderá que la tutela del sexo era necesidad de los tiempos³.

La castidad de la mujer era un bien muypreciado, pues suponía honra y buena fama. Su pérdida no sólo afectaba a la mujer, sino que se extendía a su familia. La familia era un vínculo de unión, y lo que sucedía a uno de sus miembros afectaba a todos; pero especialmente los actos de la mujer, ya casada, ya soltera, tenían consecuencias directas para los parientes, y esto era así, porque “la honra femenina era considerada un don transmitido, que la mujer recibía del varón, ya fuese éste el padre o, después del matrimonio, el marido, por lo que, en caso de pérdida o menoscabo de esta cualidad, los varones vinculados a la mujer, verdaderos poseedores de la honra, se sentían directamente afectados”⁴. De tal manera que “la buena reputación de la mujer, su inclusión en el grupo de las honradas, jugó un papel fundamental en el Medievo en lo que a la protección de su honestidad e, incluso, de su vida, se refiere. La virgen, la religiosa, la viuda o la casada de buenas costumbres eran defendidas social, religiosa y jurídicamente”⁵. En los fueros se puede observar cómo el grupo familiar, y en particular, la mujer y el matrimonio, eran ensalzados. Sobre la mujer recae una doble protección que, como indica Muñoz García, se debe “a los constantes riesgos que la asediaban”, que junto a la tutela familiar recaía sobre la mujer la tutela “del sexo por mera necesidad de los tiempos”⁶. El rapto con fines matrimoniales cobra especial importancia en un “ambiente de gran actividad militar y repobladora que demandaba el matrimonio como un imperativo social de reproducción y estabilización”; de ahí que el llamado Derecho de frontera, en aras de consolidar la repoblación, favoreciese el abandono de la soltería y el acceso al matrimonio, con independencia de su forma, que venía acompañada de una serie de privilegios para fomentar la residencia estable y duradera en los territorios fronterizos⁷.

No obstante, se puede afirmar que hasta el tránsito de los siglos XI a XII, que llevó a la defensa de los intereses individuales del matrimonio, la unión del hombre y la mujer va a estar controlada por la familia y, en consecuencia, se hace imprescindible su autorización y consentimiento, aunque, como afirma Otero, “el derecho de casar a las hijas no es constitutivo de la patria potestad;

y los fueros revelan claramente que el consentimiento es consecuencia, no de una potestad, sino de un derecho de heredar”⁸. Del tal modo que, cuando la herencia corresponde inevitablemente al sexo femenino, es decir, a la hija, los padres buscan un matrimonio, un marido adecuado por su condición social, para que sus bienes permanezcan en buen estado⁹.

Precisamente, en una sociedad basada en el matrimonio para constituir la “célula familiar básica”, una de las formas de romper la defensa de sus intereses, o la del propio linaje familiar y, en definitiva, la protección familiar, era el rapto, que podía alterar el sistema de elección previsto. Por tanto, el matrimonio era un instrumento capaz de proporcionar “diferencias jurídicas y sociales entre las personas que, considerando el papel jugado por la familia y la robustez de las dependencias personales, cobran dimensiones tan inusitadas que constituyen una auténtica peculiaridad del Derecho altomedieval”¹⁰. En este contexto, el rapto consentido era la salida que en ocasiones tenía la mujer para poder romper este círculo endogámico de relaciones sociales, intentando desplazar la unión concertada y asumiendo, de esta suerte, un protagonismo en la elección.

Motivo por el que se afirma en la historiografía que en Europa “el rapto hace estragos hasta el siglo XII: ¿pero hay que ver únicamente en él un rasgo de barbarie y de opresión sufrido por las mujeres? Con frecuencia son ellas mismas sus instigadoras; al menos su complicidad favorece el éxito (...) Un rapto puede ser para una pareja de enamorados el medio de hacer prevalecer su decisión personal frente a sus familias; y si estas acaban reconociendo más tarde el hecho consumado es un happyend”¹¹. Una apreciación que podía llevar a considerar al raptor como un liberador de una mujer secuestrada o de una esposa maltratada, por tanto, en el rapto triunfa una ambivalencia conceptual manifiesta, a la vez, en la “alienación de quienes se ven forzadas a llegar a él y uno de sus más eficaces medios de emancipación”¹².

Este planteamiento nos hace pensar que el rapto en ocasiones era una vía de escape, una salida a situaciones forzadas o mantenidas por la única razón del respeto o «miedo» a una autoridad familiar, a una moral social. Esta consideración lleva a Morán Martín a precisar que “el matrimonio de hecho podía adoptar la forma de rapto, por lo que en caso de demanda de los parientes la mujer debía decidir si se unía al raptor o elegía a sus parientes. (...) por influencia de la Iglesia se fue recortando progresivamente a favor del matrimonio solemne o de

³ Ibidem, p. 360.

⁴ RODRÍGUEZ ORTIZ, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, Madrid, 1997, p. 252.

⁵ Ibidem, p. 252.

⁶ MUÑOZ GARCÍA, M.J., *Las limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada: 1505-1975*, Madrid, 1991, p. 65.

⁷ Una enumeración de los mencionados beneficios la tenemos en BERMEJO CASTRILLO, M.A., *Parentesco, matrimonio, propiedad y herencia en la Castilla altomedieval*, Madrid, 1996, pp. 151 y ss. La cita corresponde a la p. 153.

⁸ OTERO, A., “La patria potestad en el Derecho Histórico español”, en AHDE, 26 (1956), p. 226.

⁹ Vid. RÁBADE OBRADÓ, M.P., “La mujer en las crónicas reales castellanas del siglo XV”, en AEM, 17 (1987), p. 540.

¹⁰ Barthélemy incluso ofrece ejemplos de procedimientos al margen del rapto directo, así el secuestro del padre, para condicionar en la concesión de la autorización matrimonial, Vid. “Parentesco”, en *Historia de la vida privada*, 3, Madrid, 1991, p. 130. Al respecto, BERMEJO CASTRILLO, “Parentesco, matrimonio”, cit., pp. 148 y ss.

¹¹ BARTHÉLEMY, “Parentesco”, cit., p. 146.

¹² Ibidem, p. 146.

bendición”¹³. Sin embargo, hay que precisar que el consentimiento de la raptada para ir con su raptor es tenido en cuenta una vez consumado el rapto. No se trata, en este caso, de un rapto consentido, puesto que el consentimiento es a posteriori, finalizado el rapto y devuelta la mujer. Hay una ruptura entre el rapto –delito– y el consentimiento de la mujer raptada para el matrimonio, que lo hace libre e independiente del rapto.

Por otro lado, la Alta Edad Media queda marcada por la venganza de la sangre, que no se hallaba reconocida en el *Liber Iudiciorum*, pues “no recoge de manera explícita la institución de la ruptura de la paz privada, la subsiguiente inimicitia y derecho de venganza privada”¹⁴. Esta venganza de la sangre es el “punto de partida para la aparición de formas de proceso, muy privatizadas, pero en las que esa inicial relación entre ofensor y ofendido va siendo sustituida por la relación triangular, constitutiva del proceso, entre las dos partes enfrentadas y el tercero imparcial que dictamina el resultado del litigio. El proceso aparece entonces como el necesario expediente que legitima el castigo”¹⁵. De ahí “la enorme privatización de las formas procesales, bajo las que subyace la idea de que el castigo de quienes han atentado contra el orden de convivencia establecido ha de ser tarea primordial del particular ofendido”¹⁶. Por tanto, como señala Gibert, el Derecho de esta época ha eliminado el principio inquisitivo, la actuación de oficio, de modo que “lo que queda en ellos vigente es justamente la vindicta familiar que Constantino excitaba en su constitución. Ahora a la propia familia corresponde decidir si ejecuta su venganza o si se pacifica con el raptor”¹⁷.

En ese sentido, resulta bastante corriente que delitos contra el honor y la honra, cuyas víctimas eran mujeres, en ocasiones se considerasen equiparados al propio homicidio. Así sucedía con los delitos de rapto y violación, llegándose a penar con la muerte, mientras el homicidio suponía sanción económica¹⁸. Precisamente, en el marco

del derecho a la venganza, la enemistad –inimicitia– era una consecuencia generalmente derivada de la comisión de estos delitos, rapto y violación, es decir, ofensas graves al honor, además del homicidio¹⁹.

En relación al ámbito procesal, una de las características de los fueros es la parquedad de la información que ofrecen. No ya porque no informan del procedimiento, sino porque, por regla general –a excepción del procedimiento de medianedo como posible vía conciliadora entre las partes en litigio que encontramos desarrollado– no atienden a la regulación de cuestiones como la legitimidad procesal, los plazos procesales, los tipos de pruebas, la ejecución de la sentencia, etc.

III. El procedimiento de medianedo.

Determinados fueros municipales recogen la práctica de colocar a la mujer víctima de rapto entre sus parientes y el raptor para que opte libremente por seguir a unos o a otro²⁰. Este procedimiento sólo cabía cuando se trataba de mujer soltera, doncellas, aunque algún fuero también lo recoge para la viuda²¹. Algunos autores, como López Ortiz, advierten que en restos de formulismos bastante antiguos se había descubierto en la querella por rapto el procedimiento de medianedo²². Según Hinojosa, era este procedimiento especial para los delitos que atentaban contra la honra de la mujer²³.

Para Gibert este procedimiento responde a que “prosiguiendo los parientes la querella, se manifiesta una oposición de voluntades entre ellos y la raptada. Los fueros tienden a una manifestación libre de la voluntad de ésta”²⁴. Según Ficker, el procedimiento de medianedo es posiblemente de origen germánico ya que Jakob Grimm, en su estudio sobre *Notnunftan Frauen* lo recoge aludiendo a la costumbre que “puede confirmarse en los territorios germánicos de derecho más diversos, según la cual la seducida es colocada entre sus padres y el seductor, según que ella se incline hacia éste o hacia aquéllos, se hace esposa suya o el seductor es condenado por raptor”²⁵.

En la resolución del procedimiento de medianedo, la decisión de la mujer raptada es importante por las

¹³ MORÁN MARTÍN, R., *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, Tomo I, Parte Teórica, S.A., Madrid, 2002 pp. 339-340.

¹⁴ ALVARADO PLANAS, “El problema de la naturaleza germánica del derecho español altomedieval” en IGLESIA DUARTE, J. I. (coord.), VII Semana de Estudios Medievales: Nájera, 29 de julio al 2 de agosto de 1996. Logroño, 1997, p. 136.

¹⁵ ALONSO ROMERO, M^a P., *El proceso penal en Castilla (Siglos XIII al XVIII)*, Tesis, Universidad de Salamanca, 1982, p. 3

¹⁶ *Ibidem*, p. 4.

¹⁷ GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, R., “El consentimiento familiar en el matrimonio según el derecho medieval español”, en AHDE, 18 (1947), p. 756.

¹⁸ Vid. MORÁN MARTÍN, *Historia del Derecho privado*, cit., p. 446. Así se puede ver entre otros en el Fuero Refundido de Toledo (1116), 31. Similiter, et nullus et ira usus rapere mulierem, ex mulieribus, mala si fuerit aut bona, nec in civitate aut in viane que in villa. Et quiu nam ex illis rapuerit, morte moriatur in loco, en GARCÍA-GALLO, A., “Los Fueros de Toledo”, en AHDE, 45 (1975), p. 479; igualmente en el Fuero de Córdoba de 1241, 27. Similiter et nullus erit usus rapere mulierem de mulieribus eorum, mala si fuerit aut bona, non in civitate nec in villa nec in uia. Et quicumque aliquam ex illis rapuerit, morte moriatur in eodem loco, en HURTADO DE MOLINA DELGADO, J., *Delitos y penas en el Fuero de Córdoba y Molina*, Universidad de Córdoba, 2004, p. 335; o en el Fuero de Zorita de los Canes (1180), 248. “De aquel que muger forçare (1). Tod aquel que muger forçare, o la leuare rabida contra uoluntad de sus parientes, deue recibir muerte por ello (...)”, en UREÑA Y SMENJAUD, R. DE, *El Fuero de Zorita de los Canes según el Códice 217 de la Biblioteca Nacional (siglo XIII al*

XIV) y sus relaciones con el Fuero Latino de Cuenca y el romanceado de Alcázar, en *Memorial Histórico español* colección de documentos, opúsculos y antigüedades que publica la Real Academia de la Historia, tomo XLIV, Madrid, 1911, pp. 147-148.

¹⁹ Así, a modo de ejemplo en los Fueros de Cuenca, Usagre (54), Zorita (248), o en los aragoneses de Calatayud (8), Teruel (364), Daroca Molina (24.20).

²⁰ Fuero de Sepúlveda “aduganla de cabo á medianedo”; Fuero de Calatayud “paretillam in medianeto ante suosparentes et vicinos de Calatayub”; Fuero General de Navarra “et deven poner áeylla estos fieles en medianedo entre los parientes deyloa et daqueillqui la levó”, ente otros.

²¹ Fuero Viejo de Alcalá de Henares (9).

²² Vid. LÓPEZ ORTIZ, “El proceso en los reinos cristianos de nuestra reconquista antes de la recepción romano-canónica”, en AHDE, 1942-43 (14), p. 206.

²³ HINOJOSA, E. de, “El elemento germánico en el Derecho español”, en *Obras*, tomo II, Madrid, 1955, p. 421.

²⁴ GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, “El consentimiento”, cit., p. 756.

²⁵ FICKER, J., *Sobre el íntimo parentesco entre el derecho godo hispánico y el noruego-islandico*, traducción de J. Rovira Armengol. Barcelona, 1928, pp. 5 y 86.

consecuencias que supone para uno y otros. En el marco de la tutela y la protección de la honra y pudor de la familia, también se presume su condición de enemiga, máxime cuando se traiciona la fides no aceptando el mandato del padre y la madre o del “consejo” de familia, como sucede cuando la mujer consiente el rapto con fines matrimoniales. Según Ficker, “si bien aquí se presupone generalmente un hombre como delincuente, no cabe la menor idea de que lo mismo le pasaría a una mujer que se hiciese reo de la misma culpa, pues en los casos en los que de antemano sólo puede tratarse de una mujer, se le amenaza expresamente con la proscripción. Así se encuentra a menudo en el caso de la rapta que consiente”²⁶.

En el supuesto de que la mujer raptada, ya en libertad, decida volver con sus parientes, las consecuencias penales para el raptor se agravan. Sin embargo, si su opción es permanecer con el raptor, en este caso puede contraer matrimonio además de, en ocasiones, también suponía la caducidad de la querella por rapto o que las consecuencias penales para el raptor fuesen más leves. Incluso en algunos fueros no se propiciaba el derecho a la venganza privada y tenía una despenalización favorecida, entre otras causas, por las necesidades de atraer nuevos pobladores a los territorios fronterizos²⁷. Esto podemos observarlo en diversos fueros. Así, el de Sepúlveda castiga sólo con la enemistad y el raptor no tiene que pagar nada.

La decisión de la raptada no sólo trae consecuencias para el raptor, sino también para ella misma. Como ya señalábamos, en multitud de ocasiones la familia acudía al único medio de presión que le quedaba, la desheredación. De manera que si optaba en el procedimiento de medianado por el raptor, quedaba excluida de poder percibir cualquier bien perteneciente a su familia. Pero no era la única consecuencia que podía recaer sobre ésta. En algunos fueros se recoge la misma pena que el raptor, la inimicitia.

Hay que tener en cuenta que una de las características fundamentales del Derecho penal de esta época es la actuación privada en lo que se refiere a las consecuencias del delito. La sociedad medieval está marcada por esa idea de venganza que describe gráficamente Orlandis: “homicidios, deshonoras, delitos contra el honor de la mujer originaban la enemistad de la parte agraviada, cuya aspiración y metas desde aquel momento no era ni podía ser otra que la venganza familiar, restauradora de la paz quebrantada y del orden jurídico violado”.

Ahora bien, esto no significa que pudiesen tomarse la justicia por su mano, pues era necesaria la previa declaración de enemistad por parte de la autoridad judicial, dictada tras un proceso. Tras esta declaración, la actuación privada por parte de los ofendidos, de persecución y muerte del ofensor, quedaría justificada y exenta de responsabilidad penal. Motivo por el que la

familia, los lazos parentales, asumen la protección del honor. Como indica Montanos Ferrín, “las disposiciones penales contenidas en los fueros castellanos del tardo Medievo asignan una importancia capital al grupo parental. Tanto en los fueros breves como en los extensos son muy numerosas las normas dedicadas a proteger y garantizar la solidaridad parental en ocasiones criminales de diversa naturaleza. En tales ocasiones los parientes intervienen para defender determinados ‘bienes jurídicos’ familiares o para vengar comportamientos agresivos y lesivos a los mismos”.

Los fueros limitarán la declaración de enemistad a un número reducido de delitos como, por ejemplo, el homicidio o los delitos contra el honor, especialmente los que atentaban contra la honra de la mujer como el rapto o la violación”. Para Alvarado Planas, la inimicitia que se reconoce en esta época no es más que una “vulgarización de la traditio in potestatem visigoda”, argumentando, en consecuencia, que “hasta comienzos del siglo XI, los perfiles de la venganza privada y la inimicitia pudieron obedecer a la adaptación o transformación del sistema punitivo del Liber a las necesidades de la práctica y no a una lucha dramática entre el reprimido Derecho consuetudinario y una inaplicada legislación oficial. Por otro lado, la riqueza de matices con que aparece regulada la inimicitia a partir del siglo XII no parece que pueda entroncarse con una tradición goda oral, sino más bien con una evolución autónoma de la tradición jurídica del Liber, estimulada, en alguna medida, por influencias extrapeninsulares”.

Sin embargo, fuera del término municipal donde hubiese tenido lugar el delito las consecuencias de éste no tenían transcendencia, pues la jurisdicción sólo alcanzaba al propio término municipal. Y si a esto se añade lo atractivo del derecho de frontera que pretendía atraer población mediante la concesión de privilegios, entre ellos, el de la inobservancia de las penas impuestas, llevaba a un asilo que, como señala Orlandis, “resultaría fácilmente comprensible que la atracción de “enemigos” huidos de sus villas de origen fuera factor de suma importancia en la política repobladora. Al fugitivo se le ofrecen todo género de seguridades y garantías. Nada se le exige ni demanda por el delito cometido. (...) El enemigo que, perseguido por sus adversarios, lograba alcanzar los términos del nuevo municipio, hallábase a salvo, pues dentro de ellos no podía ya ser «secundado»”. De tal modo que, bien el raptor sólo, bien acompañado por la elección de su raptada, marchaban a otras tierras desterrados por la pena de la inimicitia, donde serían acogidos debido a las circunstancias del momento.

Hay que precisar, por otra parte, que la declaración de enemistad situaba al autor del delito en una posición de indefensión jurídica frente a la víctima o sus parientes. La ejecución de la venganza se consideraba tanto un derecho como un deber. Se abrían, de este modo, amplias posibilidades a las actuaciones de la autotutela. Por ello, el destierro, a veces, más que un castigo era una vía de escape para el declarado o declarados inimicus que al estar lejos de la villa quedarían a salvo, muy posiblemente, de la muerte. El destierro podía ser temporal, de

²⁶ Ibidem, p. 86.

²⁷ Vid. HINOJOSA, “El elemento germánico”, cit., p. 424-425 y ORLANDIS, J., “Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media”, AHDE, 18 (1947), p. 138.

modo que transcurrido el tiempo estimado, podía o podían volver sin ningún tipo de consecuencia; o podía ser indeterminado, en cuyo caso sólo acaba si había reconciliación.

IV. El procedimiento de medianedo en los fueros municipales.

Analicemos detenidamente algunos fueros que recogen el procedimiento de medianedo.

En la Corona de Castilla el Fuero de Sepúlveda recoge este procedimiento: 35. “De omme que forzare muger. Todo omme que demandáre que levó muger á fuerza, si lo negare, salvese con doze: é si él dixiere, que se fue ella de su grado, adugan la muger á medianedo, é fablen los parientes con ella, é ella seyendo segura de ellos; et después aduganla de cabo á medianedo, é si se fuere de cabo á los parientes, peche aquel que la levó forzada cinquenta maravedís á ella, é vaya por enemigo por siempre de ella é de sus parientes; é si el salvo non cumpliere, así como sobredicho es, peche las calonnas, é vaya por enemigo: é si ella fuere el forzador, sea desheredada, et el forzador non peche nada: et si alzada quisiere por al Rey, dengela los Alcaldes”²⁸.

Este Fuero considera un mismo delito rapto y violación “fuerza”. En él se ofrece al raptor la posibilidad de salvarse negando junto a doce vecinos que cometiera el delito. Ahora bien, si el presunto raptor alega que la raptada se fue voluntariamente con él, establece el procedimiento de colocar en medio a la mujer raptada. Este Fuero añade una particularidad al procedimiento y es que, antes de situarse entre sus parientes y el raptor para elegir entre ambos –a medianedo–, aquéllos podían hablar con la mujer raptada. Como indica Pastor, se trata de un proceso que permitía negociar al raptor y la raptada en el caso de que los dos quisiesen reincorporarse a la comunidad, debiendo ambos, en general, “presentarse ante los parientes de la mujer, –y– ésta se colocaba entre su familia y el hombre y, mediando entre las partes, se hacía el pacto”²⁹.

Así pues, tras haber hablado la raptada con la familia, se procede a la elección. Si la mujer optaba por sus parientes, el raptor debía pagar 50 maravedís a la raptada y, además, quedaba como enemigo de ella y de la familia para siempre. Si no cumplierse el salvo, debía pagar las calañas saliendo como enemigo. Pero la situación variaba si ella optaba por el raptor, pues en tal caso era castigada con la desheredación, quedando el raptor exento de sanción económica alguna.

Otro fuero castellano que recoge este procedimiento es el Fuero viejo de Alcalá de Henares, señalando que: 9. “Todo omnedalcala [Todo omne dalcala o de so termino] o de so termino qui mulier rabiene [qui mulier rabiene.] aprie-

te al iudez. & los fiadores dados que la faganla sacar amedianedo. & quando lasacaren. amedianedo. si exiere asuos parientes. peche el otro. c. & viii. Morauidis. & exca enemigo. & destos. c. Morauidis. prenda el sennor el tercio. & el rencuroso. el otro tercio. & los fiadores el otro tercio. & si isiere almarido sea desheredada. & si en cabello fuero. & lo suio sea de sos parientes. & si fuere bidad case. o quisiere & si el iudez. & los fiadores non quisieren aiuda raprientes delarabida. ellos lo pechen alseñor del terico. & aparientes delarabida so tercio”³⁰.

Ofrece la posibilidad de convenir la raptada y sus parientes el matrimonio con el raptor. Establece que el raptor debe ser llevado ante el juez, exigiéndose querella que debía ir acompañada de la correspondiente fianza. A continuación tenía lugar el procedimiento de medianedo. Si la raptada optaba por sus parientes, el raptor debía pagar ciento ocho maravedís y salir como enemigo. El importe de la caloña se distribuía por tercios: uno para el señor, otro para el querellante y, otro para los fiadores. En caso de que la raptada optase por el raptor, era castigada con la desheredación. Si la mujer era manceba en cabellos perdía todos sus bienes a favor de sus parientes. En cambio, si fuese viuda no sufría ninguna consecuencia si optaba por el matrimonio. En el caso de que los fiadores y el juez con los parientes de la raptada, se les impone la obligación del pago de los correspondientes tercios que debió pagar el raptor al señor y a los parientes de la raptada.

Este procedimiento queda muy bien recogido por extenso en los fueros navarros y en el Fuero General de Navarra, siendo la información que aporta importante para comprender la institución de medianedo –“meanedo”–, aparte de su influencia en la formación de determinados fueros de tierras riojanas.

El Fuero General de Navarra recoge y desarrolla ampliamente el procedimiento de colocar a la mujer raptada a medianedo: 4.3.1: “Quoando alguna dueyna saylle con fidalgo et los parientes deylla dizen que por fuerza la sacó et eyll diz que nó, que debe ser feyto. Dueyna si se fuere con fidalgo ninguno, diziendo los parientes deylla que por fuerza la lieva, diciendo el ynfanzon, non por fuerza mas con placer deylla, debe ser puesta en meanedo desta manera: los parientes deyll et deylla deven poner bonos ombres por fieles, III ó V, poniendo plazo en logar sabido entranbas de las partidas; et deven poner á eylla estos fieles en meanedo entre los parientes deyloa et daqueill qui la levó; et deven mostar el padre ó la madre si los ha, et si nó á los mas zercanos parientes deylla desent ad aqueill qui la levó. Desent dévenla tornar de cara que sea por comunal á entrambas las partidas; et si fuere á los parientes debe yssir por enemigo el yfanzonqui la levó, et el Rey

²⁸ Vid., al respecto, REGUERA VALDELOMAR, J. de la, Extracto de las Leyes del Fuero Viejo de Castilla, con el primitivo Fuero de León, Asturias y Galicia. Se añaden el antiguo Fuero de Sepúlveda; y los concedidos por S. Fernando á Córdoba y Sevilla, Imprenta de la viuda e hijo de Marín, Madrid, 1798, p. 174 y ss.

²⁹ PASTOR DE TOGNERI, R., “Para una historia social de la mujer hispano-medieval. Problemática y puntos de vista”, en La Condición de la mujer en la Edad Media: Actas del coloquio celebrado en la Casa de Velázquez del 5 al 7 de noviembre de 1984, 1986, p. 205.

³⁰ Vid. SÁEZ, C., CABALLERO, A. y TORRENS, M. J., Fuero de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1992, pp. 73-74 y TORRENS ÁLVAREZ, M. J., Edición y estudio lingüístico del Fuero de Alcalá (Fuero Viejo), Alcalá de Henares, Fundación Colegio del Rey, 2002. El Fuero Nuevo, concedido por el Cardenal Cisneros en 1509, no contiene regulación alguna sobre el rapto. Vid., el texto en la edición de PÉREZ BUSTAMANTE, R., “El Fuero “nuevo” de Alcalá de Henares”, en Cuadernos de Historia del Derecho, 2 (1995), pp. 267-304.

debe emparar lo suyo; et si fuere con aqueill qui la levó, el hermano debe emparar lo suyo et desheredarla”³¹.

El Fuero General contempla que, tras contradecirse ambas partes sobre el uso de la fuerza en el rapto, ambas partes debían elegir entre tres y cinco hombres buenos para iniciar el proceso de medianedo indicando el plazo correspondiente para comparecer ambas partes y desarrollarse. A los padres, o a los familiares más cercanos, les incumbían la carga de la prueba de ser llevada por el raptor y el uso de la fuerza empleada. Si la raptada elegía a sus parientes, el raptor saldría como enemigo quedándose con los bienes de éste el Rey. Ahora bien, si elegía la mujer marchar con el raptor, corresponde al hermano desheredarla y aprehender los bienes. De este Fuero se infiere la consecuencia de la pérdida de la paz para la mujer, aunque no se recoja expresamente.

El Fuero navarro de Viguera y Val de Funes requiere querella de los parientes por rapto para proceder a medianedo, como su propio título indica: 470. “Quereylla de parienta. Et si alguno se quereyllare que tiene su parienta por forzada ó la leva por fuerza debenla por mandado del seynnor poner en medio, é si eylla fuere al otro los parientes pierdan quereilldell. Et si fuere á los parientes sea su persona á merce del seynnor del”³².

Este Fuero requiere la previa querella por rapto de los parientes de la mujer ante el señor, que será quien ordene proceder a medianedo. Señala el texto la pérdida de la querella si la raptada opta por su raptor una vez situada en medio de éste y sus parientes; o en caso contrario, si se decide por su familia, el raptor quedará a merced del señor. No menciona ninguna otra pena en uno u otro sentido.

En el territorio del Reino de Aragón este procedimiento también es acogido en sus textos jurídicos³³. Así, el Fuero de Calatayud recoge el procedimiento de a medianedo: 8. “Et nullo vicino quira puerit sua uicina, quisit de Calatayub, paret illam in medianeto ante suos parentes et vecinos de Calatayub; et si voluerit illa ire ad suos parentes, pectet ipso aravitore ad parentes de muliere D solidos, et postea sit homiciero, et si illa voluerit stare cum illo vivan se, ut melius potuerint, et illa sit homiciera”³⁴.

Este Fuero señala el procedimiento de colocar a la raptada en medio especificando que se situaba la raptada entre los parientes, y también los vecinos, y el raptor. Si ésta elegía al raptor tendría la misma pena, la inimicitia, y debían vivir juntos fuera de Calatayud, debido a la pena impuesta que conllevaba el destierro. Si optaba por la familia, al raptor se le imponía la pena-composición de 500 sueldos que iba a manos de los parientes de la

mujer, como señala Orcastegui Gros “más que cualquier homicidio”, y salir como enemigo -homiciero-³⁵.

Por su parte, el Fuero de Daroca establece el mismo procedimiento que en el de Calatayud: Item, si quis invitis parentibus mulieren aliquam rapuerit, alcaldes dentillis patium XXX dierum in concilio, ut veniat, et satisfaciat iuxta fórum Darocae; et siusque ad XXX diez non venerit, sit de inceptis inimicus concilii, et omnia suas int incorrupta; et si exierit ad parentes, raptor pectet homicidium, exeat homicida. Si autem ad raptorem exierit, absolvatur raptor: illa vero nihil amplius hereditet in facultatibus suorum parentum³⁶.

La novedad en este fuero residía en despenalizar al raptor cuando la mujer iba con él, siendo absuelto y teniendo la familia la única salida del castigo a la mujer mediante desheredación. De manera que sólo ella sufría las consecuencias de su elección. En caso de quedarse con su familia, el raptor pagaba la multa y salía por enemigo.

El Fuero de Jaca también dispone el procedimiento de medianedo en los casos de rapto: 187. “D’omne qui rabis muiller. Si ningún omne rabis ninguna filla de prodomne lo prodomne se clama al seynnor li deu far dreyt lo dreyt es atal: que metan la macipa deuant lo payre deuant les parentz deuant les alcaldes deuant lo seynor de la uila, digal l’alcalde a la macipa: “Cal uols tu mays anar, a ton payre o ad aquel qui te rabi?” Si ela ditz: “A mon payre”, lo qui la arrabi deu peytar CC. mor., isca per draydor de la uila. E si la mancipa uol anar ab aquel qui la rabi, lo payre lo deu asegurar ab totz ses parentz que iamays non sian re[n]curantz”³⁷.

Este Fuero desarrolla cómo debe de ser llevado a cabo el procedimiento de medianedo, detallando quiénes deben intervenir, qué pregunta se le ha de hacer a la raptada y las consecuencias según la repuesta de la misma. De tal modo que, si ella opta por su familia el raptor deberá pagar una sanción económica de doscientos maravedís y salir como enemigo de la villa. Ahora bien, si ella decide ir con él, los padres deben asegurar al resto de los parientes que nunca se querellarán³⁸.

Cabe reseñar que fuera del ámbito municipal también tuvo lugar este procedimiento de medianedo. De hecho, el Derecho comarcal, concretamente el Fuero Viejo de Castilla 2.2.1, lo recoge en su texto: “Esto es Fuero de Castiella: Que si un Cauallero, o Escudero, u otro ome lleva una Dueña robada, e el padre, o la madre, o los ermanos, o los parientes se querellan que la levó por fuerça, deve el Cauallero, o Escudero, u otro ome aducir la Dueña; e el atreguado, deven venir el padre, o los ermanos, o los parientes, e deven sacar fieles, e meter la Dueña fuer al cauallero, de vela levar, e ser quito de la

³¹ Fuero General de Navarra, Edición sistemática realizada conforme a la obra de D. Pablo Ilarregui y D. Segundo Lapuerta. Año 1869, Pamplona, 1964, pp. 165-166.

³² Vid. RAMOS Y LOSCERTALES, J.M., Fuero de Viguera y Val de Funes, Salamanca, 1956, p. 86.

³³ AGUDO ROMEO, M.M., “El rapto de mujer en la legislación foral medieval aragonesa”, en Aragón en la Edad Media, XX (2008), pp. 47 y ss.

³⁴ MUÑOZ Y ROMERO, T., Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas Tomo I, Madrid, 1847, p. 459; y traducción de ALGORRA HERNANDO, J.I. y ARRANZ SACRISTAN, F., Fuero de Calatayud, Zaragoza, 1982, p. 34.

³⁵ Vid. ORCASTEGUI GROS, C., “La mujer aragonesa en la legislación foral de la Edad Media”, en Las mujeres medievales y su ámbito jurídico, Actas II Jornadas de Investigación Interdisciplinaria, Madrid, 1990, p. 119. Vid., además, GUALLART DE VIALA, A., El Derecho penal histórico de Aragón, Zaragoza, 1977, p. 187.

³⁶ MUÑOZ Y ROMERO, Colección de Fueros, cit., p. 537.

³⁷ Se trata de la redacción que se encuentra en París en el Archives Nationales, J.J.N.N. en MOLHO, M., El Fuero de Jaca, Zaragoza, 1964, p. 255.

³⁸ Vid. AGUDO ROMEO, “El rapto de mujer”, cit., p. 54.

enimistat, e si la Dueña fuer a los parientes, e dijier que fue forçada, deve ser el cauallero, o escudero enemigo dellos, e deve salir de la tierra, e si el Rey lo poder auer, deuel justiciar”³⁹.

Se establece, al igual que en el Derecho municipal, la misma forma de proceder. Es necesaria la querella familiar y tras ésta se da paso al procedimiento de medianedo. Si la raptada opta por su familia, el raptor será declarado enemigo y tendrá que salir de la tierra, no quedando a salvo si el Rey lo puede prender, que como indica el propio texto, será ajusticiado. Si ella elige al raptor no habrá pena para ninguno de los dos, quedando libre de la enemistad⁴⁰.

V. Conclusiones

El rapto es una conducta que siempre ha estado presente en la historia de la humanidad, y si bien es cierto que siempre ha tenido una connotación negativa y ha sido considerado como un delito grave, esencialmente por el bien jurídico tutelado con su regulación, que suponía, lesionar el honor familiar, esencialmente el del padre o marido, aunque también dañaba la honestidad y castidad de la mujer raptada.

Sin embargo, el procedimiento de medianedo que se recoge en los fueros nos da otra visión del rapto. Especialmente cuando en este procedimiento la raptada opta por su raptor. Con este procedimiento se está dando la posibilidad, aún con consecuencias para ésta, de poder elegir, sin estar supeditada a la elección de los parientes para su matrimonio. Ahora bien, cuando la raptada se decanta por su familia, la lesión a los bienes jurídicos es mayor, en especial a ella misma, pues queda su honestidad y castidad, aún sin haber llegado a darse ningún fin, ultrajados. De la otra forma, cuando elige ir con su raptor, de alguna manera se supera ese daño, o por lo menos queda más suavizado, esencialmente de cara a la sociedad, pues va a iniciar una nueva vida elegida por ella misma.

En relación al procedimiento de medianedo que recogen los fueros tiene lugar siempre previa querella o actuación judicial. Existe un previo trámite procesal que es el que da lugar, de una manera u otra –en el Fuero Viejo de Alcalá de Henares es el juez, en el FueroViguera y Val de Funes es el señor– a que se proceda a esta actuación de situar a la raptada en medio de sus parientes y su raptor.

La elección, que corresponde a la mujer raptada ahora en libertad, entre su familia y el raptor viene, generalmente, sancionada con idénticas penas en los fueros. Así, en el caso de optar ésta por sus parientes, la pena señalada para el raptor es sanción económica –cuya cuantía si es variable según fuero– y la inimicitia, en unos casos sólo como enemigo de la familia, en otros de la villa. La pena difiere en el Fuero de Viguera y Val de Funes donde el raptor queda a mercede del señor.

La tónica general cuando la raptada elige marchar con su

raptor es la de la desheredación. Ya hacíamos hincapié que el consentimiento familiar, esencialmente del padre, no era el derivado de la patria potestad sobre la hija, sino de un derecho a heredar, lo cual es coherente con la pena señalada. El Fuero de Viejo de Alcalá de Henares hace una salvedad a esta pena cuando la raptada tiene la condición de viuda, en este caso, no queda sancionada con la desheredación. En otras ocasiones, esta pena va acompañada de la inimicitia, aunque señalar que en el procedimiento de medianedo es casi excepcional. Así el Fuero de Calatayud sólo señala esta pena para la raptada, y no la desheredación; y del Fuero General de Navarra se infiere la pérdida de la paz para la mujer, pero no se indica expresamente. Sin embargo, y consecuentemente, la mujer que marcha voluntariamente con su raptor, seguirá la suerte de éste, que está penado con la inimicitia. Por lo que, si ella sólo es sancionada con la desheredación, no obstante no podrá volver, si la enemistad es definitiva, con sus parientes. Aunque no se mencione directamente la enemistad para la mujer sí que sufre las consecuencias de ésta, el destierro, pues sigue por su elección a su raptor que sufre esta pena.

El raptor que es elegido en el procedimiento de medianedo por la mujer que raptó, ve atenuada su pena. Normalmente no tendrá sanción económica, pero la pena de inimicitia sigue adelante.

Concluimos que con este procedimiento las consecuencias penales tras el rapto están en manos de la mujer raptada. Aunque esté regulado como proceder y la necesidad de iniciar el proceso por parte de los parientes con la querella, el resultado final de todo el procedimiento lo decide la raptada en función de su elección. Y es importante porque en el trasfondo de esta regulación lo que se está recogiendo en un texto medieval es la libertad – aún con consecuencias – de la mujer a poder elegir su futuro. No son muchos los fueros que incluyen este procedimiento de medianedo en su redacción, pero sí que se observa que no es en una determinada zona de la Península, sino que esto sucede en la Corona de Castilla, el Reino de Navarra, y en el Reino de Aragón.

³⁹ El Fuero Viejo de Castilla, con notas históricas y legales de D. Ignacio Jordán de Asso y del Río, y D. Miguel de Manuel y Rodríguez, Madrid, 1771, pp. 65.

⁴⁰ Vid. SANCHEZ TEJERINA, I.S., “El delito de rapto en el Código penal español”, en RGLJ, 144 (1924), p. 551.

Die Kettenstrafe im Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813

Daniela Kraus

Apart from the death penalty, the so-called “Kettenstrafe” was the most severe penalty of the Bavarian Penal Code of 1813. It was a life sentence combined with compulsory labour entailing civil death. This article analyses the Bavarian “Kettenstrafe” in relation to other terms of imprisonment referred to as “Kettenstrafe” outside Bavaria and asks questions about the Bavarian legal practice and everyday life of the convicts who were condemned to lifelong “Kettenstrafe”.

Après la peine de mort les “travaux forcés à perpétuité” étaient la peine la plus lourde du Code Pénal Bavarois de 1813. Il s’agissait d’une réclusion à perpétuité, associée à de durs travaux forcés menant à la mort civile. La présente contribution analyse les “travaux forcés à perpétuité” en Bavière en comparaison avec d’autres réclusions à perpétuité en dehors de la Bavière et enquête sur la pratique juridique bavaroise et le quotidien des condamnés.

Die Kettenstrafe war nach der Todesstrafe die härteste Strafe im Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813. Sie bestand aus lebenslanger Freiheitsstrafe, die mit schwerster Zwangsarbeit verbunden war und den bürgerlichen Tod nach sich zog. Der Beitrag untersucht die bayerische Kettenstrafe im Verhältnis zu den als „Kettenstrafe“ bezeichneten Freiheitsstrafen in außerbayerischen Gesetzbüchern und stellt die Frage nach der bayerischen Rechtspraxis und dem Strafalltag der Kettensträflinge.

In der Nacht vom 20. auf den 21. September 1820 wurden in Nürnberg unweit der Lorenzkirche der Pfragner Christoph Bäumler und seine Magd Maria Schütz ermordet. Der Mord wurde mit größter Brutalität durchgeführt, der Täter entwendete Geld, Kleidung und Wertgegenstände seiner Opfer. Der Verdacht fiel bald auf Johann Paul Forster, der erst vier Wochen zuvor aus dem Strafarbeitshaus Schwabach entlassen worden war.¹ Forster geriet schon früh mit dem Gesetz in Konflikt. Er stammte aus St. Johannis, das heute ein Stadtteil Nürnbergs ist, und war Gärtner, übte diesen Beruf jedoch nicht regelmäßig aus. 1807 wurde er zum Militär eingezogen und fiel dort durch Faulheit und „Liederlichkeit“ auf. Er wurde mehrfach wegen Desertion, Diebstahls, Erpressung und Bestechung bestraft und schließlich 1815 unehrenhaft aus dem Regiment entlassen. 1817 wurde er wegen erneuten Diebstahls und Einbruchs zu dreieinhalb Jahren Strafarbeitshaus verurteilt. Im Raubmordfall an dem Pfragner Bäumler und seiner Magd belasteten ihn mehrere Zeugenaussagen schwer: In den Tagen vor der Tat wurde Forster dabei beobachtet, wie er sich auffällig oft und lang in der Nähe des Bäumlerschen Hauses aufhielt; am Tatabend war er der letzte Gast in der Brantweinschenke gewesen. Die Sektion der beiden Leichen ergab, dass die tödlichen Wunden am wahrscheinlichsten mit einer Axt beigebracht worden seien. Forster war von einer Nachbarin dabei beobachtet worden, wie er sich am Tag der Tat eine Axt geliehen hatte, die später Blutflecken aufwies. Darüber hinaus tauschte er seinen blutbefleckten Überrock gegen einen neuen

Mantel; bei Forster wurden Geld und Wertgegenstände des Pfragners Bäumler gefunden; schließlich sagte seine Schwester vor Gericht aus, Forster habe ihr noch in der Tatnacht den Mord gestanden. Forster selbst verwickelte sich in seinen Verhören in Widersprüche und fand haarsträubende Erklärungen für belastende Zeugenaussagen, leugnete jedoch hartnäckig den Mord begangen zu haben. Da Forster bis zuletzt ein Geständnis verweigerte und es keine Augenzeugen gab, durfte die Todesstrafe nach Art. 330 des Bayerischen Strafgesetzbuches von 1813 nicht verhängt werden: „Wenn der Angeschuldigte der That bloß durch das Zusammentreffen der Anzeigungen, in Gemäßheit des Art. 328, überwiesen ist, so kann derselbe zu jeder peinlichen Strafe, selbst zur Kettenstrafe, die Todesstrafe allein ausgenommen, verurteilt werden.“² Forster wurde schließlich zu lebenslänglicher Kettenstrafe verurteilt und am 3. Oktober 1821, einen Tag nach seiner Ausstellung am Schandpfahl vor dem Nürnberger Rathaus, in die ehemalige Festung Lichtenau bei Ansbach eingewiesen.

Der Fall Forster fand nicht nur in den zeitgenössischen Medien ein breites Echo.³ Auch die Rechtswissenschaft befasste sich mit dem doppelten Raubmordfall Forster, da dieser einen besonderen Aspekt der bayerischen Strafrechtspraxis nach der Strafrechtsreform 1813 widerspiegeln sollte. Paul Johann Anselm von Feuerbach geht in seiner „Aktenmäßigen Darstellung merkwürdiger Verbrechen“ ausführlich auf die juristische Eigentümlichkeit des Falles ein. In dem Umstand, dass Forster trotz seiner durch Indizien vollständig überwiesenen Schuld nicht zur regulären Strafe (d.h. zur geschärften Todesstrafe bei qualifiziertem Mord) verurteilt werden durfte, erkennt Feuerbach eine Folgewidrigkeit des Gesetzes. Nach Art. 328 BayStGB war Forsters Schuld einwandfrei durch Indizienbeweis erwiesen, Art. 330 jedoch implizierte gewisse Zweifel an der Schuld des Angeklagten, solange ein Geständnis fehlte. Aus dieser ersten Folgewidrigkeit ergab sich die zweite, die zwar die Todesstrafe ausschloss, die Kettenstrafe jedoch zuließ. Die Kettenstrafe war nach der Todesstrafe die schwerste Strafe, die das Bayerische Strafgesetzbuch kannte. Sie war eine stets lebenslänglich verhängte Arbeits- und Freiheitsstrafe, die den bürgerlichen Tod nach sich zog. Der Kettensträfling wurde laut Art. 7 BayStGB zu schwersten öffentlichen Arbeiten in Stein-

¹ Zum Fall Johann Paul Forster vgl. Feuerbach, Paul Johann Anselm von: Aktenmäßige Darstellung merkwürdiger Verbrechen. Bd. 2. Gießen 1829. S. 123-216. Die Gerichtsakten sind noch erhalten und befinden sich im Staatsarchiv Nürnberg, LG Nürnberg, 583-593.

² Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern. Amtliche Ausgabe. München 1813. Zweiter Theil. Von dem Prozeß in Strafsachen. Art. 330.

³ Zur medialen Aufbereitung des Falles Johann Paul Forster vgl. Kraus, Daniela: Kriminalität und Recht in frühneuzeitlichen Nachrichtendruck. Bayerische Kriminalberichterstattung vom Ende des 15. bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts. Regensburg 2013. S. 245-257.

brüchen, zur Austrocknung von Sümpfen und zum Festungsbau herangezogen und war an beiden Füßen durch eine lange Kette mit einer eisernen Kugel gefesselt. Vom Augenblick der Rechtskraft des Urteils an war der zur Kettenstrafe Verurteilte bürgerlich tot, d.h. er war unfähig Eigentum zu besitzen oder zu erwerben, vor Gericht als Kläger oder Beklagter aufzutreten oder Zeuge zu sein. Sein Vermögen fiel an seine Erben und seine Ehe löste sich auf wie bei seinem natürlichen Tod. Ein Beweis, erkannte Feuerbach, der nicht stark genug sei, um einen Menschen zur Todesstrafe zu verurteilen, könne auch nicht ausreichen, um ihn zur Kettenstrafe zu verurteilen: „Die Gefahr des Irrthums ist in dem einen wie in dem andern Falle gleich groß; aus dem bürgerlichen Tod gibt es eben so wenig ein Wiederaufstehen zum bürgerlichen Dasein, als ein Mittel der Wiederbelebung für den Enthaupteten.“⁴

I. Forschungslage

Über die Kettenstrafe ist dabei heute kaum mehr bekannt als das, was im Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813 festgehalten ist. Sie findet daher meist nur eine knappe Erwähnung im Zusammenhang mit den in eben jenem Strafgesetzbuch festgehaltenen Straftaten, so z.B. bei Werner Meyer,⁵ Eberhard Schmidt,⁶ Patrick Schweisthal,⁷ Florian Hilbert⁸ und Mario A. Cattaneo⁹ oder vereinzelt auch in Zusammenhang mit der Geschichte des Strafvollzugs und einzelner Strafanstalten.¹⁰ Kaum ausführlicher behandelt Franz Weithase die Kettenstrafe in Verbindung mit dem bürgerlichen Tod,¹¹ bei Harald Maihold fand sie jüngst Erwähnung im Zusammenhang mit der Reform und Ablösung des Bayerischen Strafgesetzbuches.¹² Auf die Kettenstrafe in außerbayeri-

schen Territorien gehen Alfred Ludolph¹³ und Friedrich Haberland¹⁴ ein, diese Dissertationen sind jedoch bald hundert Jahre alt. Vom Titel her einschlägig ist der jüngst erschienene Aufsatz von Ignacio Czeguhn, enthält aber bzgl. der Kettenstrafe keine neuen Erkenntnisse.¹⁵ Arnd Koch erinnert schließlich daran, dass die Kettenstrafe dem Utilitätsdenken der Aufklärung entspricht, geht aber nicht weiter auf eventuelle Wurzeln dieses besonderen Rechtsinstituts ein.¹⁶ Auch im Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte gibt es keinen Eintrag zur Kettenstrafe.

II. Rechtshistorische Wurzeln

Dem dürftigen Forschungsstand steht eine Fülle an Fragen gegenüber, die sich mit dieser Sanktion verbinden. Unklar ist bereits ihre Herkunft. Der Codex Juris Bavarici Criminalis von 1751 kannte sie noch nicht, vielmehr wird das Vorbild im französischen Code pénal von 1810 vermutet.¹⁷ Tatsächlich scheinen die Parallelen unübersehbar. Sowohl im Bayerischen Strafgesetzbuch, als auch im Code pénal wurde die Kettenstrafe bzw. die Strafe der „travaux forcés à perpétuité“ lebenslänglich verhängt. Sie bestand in schwerster öffentlicher Zwangsarbeit, wenn auch Frauen davon ausgenommen waren und innerhalb eines Zuchthauses beschäftigt werden mussten (Art. 7-9 BayStGB und Art. 15-16 Code pénal). Sowohl in Bayern als auch in Frankreich wurde der Verurteilte vor seiner Einlieferung in das Zuchthaus eine Stunde lang öffentlich am Pranger ausgestellt (Art. 7 BayStGB und Art. 22 Code pénal). Lediglich die in Frankreich vorgesehene Brandmarkung des Kettensträflings entfiel in Bayern (Art. 20 Code pénal). Bemerkenswert ist zudem der Umstand, dass die Kettenstrafe in beiden Strafgesetzbüchern

⁴ Feuerbach: Aktenmäßige Darstellung. S. 193.

⁵ Vgl. Meyer, Werner: Der Einfluss der Feuerbach'schen Strafrechtstheorie auf die vor 1848 veröffentlichten deutschen Strafgesetzbücher. Erlangen 1950. S. 26.

⁶ Vgl. Schmidt, Eberhard: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. 3. überarb. Aufl. Göttingen 1965. S. 264.

⁷ Vgl. Schweisthal, Patrick: Das bayerische Strafgesetzbuch von 1813. Die letzte bayerische Strafgesetzbuch im Schatten Preußens? München 1992. S. 7.

⁸ Vgl. Hilbert, Florian: Paul Johann Anselm Feuerbach und das Bayerische Strafgesetzbuch von 1813. In: Straßburger Beiträge zur Strafrechtsgeschichte. Hrsg. v. Günter Jerouschek, Hinrich Rüping u. Barna Mezey. Gießen 2009. S. 121-142, hier S. 137-138.

⁹ Vgl. Cattaneo, Mario A.: Paul Johann Anselm Feuerbach und das Bayerische Strafgesetzbuch von 1813. In: Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte 12 (2011). S. 119-133, hier S. 130-131.

¹⁰ Vgl. exemplarisch für die Geschichte des Strafvollzugs Heydenreuter, Reinhard: Kriminalgeschichte Bayerns. Von den Anfängen bis ins 20. Jahrhundert. Regensburg 2003. S. 275-276, Krause, Thomas: Geschichte des Strafvollzugs. Von den Kerkern des Altertums bis zur Gegenwart. Darmstadt 1999. S. 72 u. d. s.: Opera Publica. In: Gefängnis und Gesellschaft. Zur (Vor-)Geschichte der strafenden Einsperrung. Hrsg. v. Gerhard Ammerer, Falk Bretschneider u. Alfred Stefan Weiß. Leipzig 2003. S. 117-130, hier S. 129. Für die Geschichte der Strafanstalten vgl. exemplarisch Kolling, Hubert: Die kurhessischen „Straf- und Besserungsanstalten“. Institutionen zwischen Fürsorge, Vergeltung und Abschreckung. Frankfurt/Main u.a. 1994. S. 29.

¹¹ Vgl. Weithase, Franz: Über den bürgerlichen Tod als Straffolge. Berlin 1966. S. 85-86.

¹² Vgl. Maihold, Harald: Die Diskussion zu Reform und Ablösung des Bayerischen Strafgesetzbuches 1813 bis 1861. In: Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und

rationalen Strafrechts. Hrsg. v. Arnd Koch, Michael Kubiciel, Martin Löhnig u. Michael Pawlik. Tübingen 2014. S. 495-523, hier S. 505 u. 510.

¹³ Vgl. Ludolph, Alfred: Das Werk- und Zuchthaus und die Kettenstrafanstalt zu Lüneburg. Ein Beitrag zur Geschichte der Entwicklung des Strafvollzugs. Göttingen 1930.

¹⁴ Vgl. Haberland, Friedrich: Die Freiheitsstrafe in Hannover. Breslau 1931.

¹⁵ Vgl. Czeguhn, Ignacio: Das Bayerische Strafgesetzbuch von 1813 und die dort geregelten Straftaten. In: Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts. Hrsg. v. Arnd Koch, Michael Kubiciel, Martin Löhnig u. Michael Pawlik. Tübingen 2014. S. 227-240, hier S. 231-232.

¹⁶ Vgl. Koch, Arnd: Das Jahrhundert der Strafrechtskodifikation. Von Feuerbach zum Reichsstrafgesetzbuch. In: Kodifikation in Europa. Hrsg. v. Arnd Koch u. Matthias Rossi. Frankfurt/Main u.a. 2012. S. 103-122, hier S. 115-117 u. d. s.: Die Entwicklung des Strafrechts zwischen 1751 und 1813. In: Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts. Hrsg. v. Arnd Koch, Michael Kubiciel, Martin Löhnig u. Michael Pawlik. Tübingen 2014. S. 39-67, hier S. 64-65.

¹⁷ Vgl. Schmidt, Eberhard: S. 264 und Schweisthal: Das bayerische Strafgesetzbuch. S. 7. Martin Löhnig verweist zwar darauf, dass die bayerische Rechtsreform trotz französischen Einflusses in der Folge der napoleonischen Eroberungskriege erstaunlich selbständig ausgefallen sei, erkennt aber mit Blick auf den bürgerlichen Tod Frankreich eine Vorbildfunktion zu. Vgl. Löhnig, Martin: Wie souverän war das junge Königreich Bayern? Zum Einfluss napoleonischen Rechts auf die bayerische Rechtsreform zu Beginn des 19. Jahrhunderts. In: Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts. Hrsg. v. Arnd Koch, Michael Kubiciel, Martin Löhnig u. Michael Pawlik. Tübingen 2014. S. 81-94, hier S. 92.

als Straffolge den bürgerlichen Tod nach sich zog (Art. 7 BayStGB und Art. 18 Code pénal).

Der bürgerliche Tod des Bayerischen Stragesetzbuches entspricht dabei der französischen „mort civile“, deren Wurzeln im Klostertod des 15. und 16. Jahrhunderts zu suchen sind. Im Laufe des 17. und 18. Jahrhunderts wandelte sich die „mort civile“ in Frankreich zu einer Straffolge, die nicht mehr allein mit einem bloßen Bürgerrechtsverlust gleichzusetzen war, sondern zu einer regelrechten Fiktion des Todes wurde, die auch die Erbfolge des bürgerlich Toten eröffnete. In der Revolutionszeit wurde die „mort civile“ gegen Emigranten verhängt und fand schließlich sowohl in den französischen Code civil, als auch den Code pénal Eingang.¹⁸ Franz Weithase argumentiert, dass in Deutschland jedoch weder im 17. noch 18. Jahrhundert ein vergleichbares Rechtsinstitut bestand. Der bürgerliche Tod des Bayerischen Stragesetzbuches könne also als eine der französischen „mort civile“ nachempfundene Neuschöpfung Feuerbachs verstanden werden. Der bürgerliche Tod weiche nur insofern von der französischen „mort civile“ ab, als die Konzeption des Todes vor dem Gesetz hier in weiterem Umfang verwirklicht ist als in Frankreich.¹⁹

Die Parallelen zwischen der bayerischen und französischen Kettenstrafe sind tatsächlich augenscheinlich. Doch auch andere Länder führten an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert unter dem Eindruck aufklärerischen Gedankenguts und dem Postulat der Abschaffung bzw. Eindämmung der Todesstrafe schwerste Formen der Freiheitsstrafe ein, die der bayerischen Kettenstrafe bzw. der französischen lebenslangen Zwangsarbeitsstrafe ähnelten. Die 1786 in der Toskana eingeführte „Leopoldina“ schaffte als erstes Stragesetzbuch die Todesstrafe ab. Als ausdrücklicher Ersatz für die Todesstrafe wurde für Männer die lebenslange öffentliche Zwangsarbeit eingeführt und für Frauen das ewige Gefängnis (Art. LIII).²⁰ Die öffentliche Zwangsarbeit beinhaltete darüber hinaus das Tragen doppelter eiserner Ketten (Art. LV). Auch das 1787 in Österreich eingeführte Allgemeine Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung, die „Josephina“, kannte schwerste Formen der Freiheitsstrafe, wie das Schiffsziehen oder die Anschmiedung im Kerker. Bei der Anschmiedung war der Gefangene derart eng angekettet, dass ihm nur „zur unentbehrlichsten Bewegung des Körpers Raum gelassen“²¹ wurde. Eine lebenslängliche Freiheitsstrafe gab es zwar nicht explizit, langwierige Strafen zweiten Grades wurden jedoch nie

unter 30 Jahren verhängt und konnten sogar bis zu 100 Jahren ausgesprochen werden (§ 23). Überdies war die Rechtsfähigkeit des Verurteilten eingeschränkt. So konnte er beispielsweise vom Tag seiner Verurteilung an bis zum Ende seiner Strafverbüßung kein Testament erlassen, ebenso waren letztwillige Verfügungen, die er nach seiner Verhaftung getroffen hatte, ungültig (§ 29). Den bürgerlichen Tod als Straffolge einer Kapitalstrafe kannte man allerdings weder in der Toskana, noch in Österreich.

Freiheitsentziehende Sanktionen traten jedoch – oft in Kombination mit Arbeitsstrafen – schon in der frühen Neuzeit neben die peinlichen Leibes- und Todesstrafen und lösten diese im Lauf der Jahrhunderte zunehmend ab.²² Zu Beginn der frühen Neuzeit spielte die Freiheitsstrafe im peinlichen Strafsystem des gemeinen Rechts noch eine untergeordnete Rolle. In der Constitutio Criminalis Carolina von 1532 wird das ewige Gefängnis der Todesstrafe gleichgestellt (Art. 10 und Art. 101), das zeitige Gefängnis tritt als Ersatzstrafe für eine Geldbuße bei einfachem Diebstahl auf (Art. 157). Ansonsten trat der Freiheitsentzug jedoch nicht als Sanktion in Erscheinung, sondern lediglich zum Zweck der Verwahrung in Form des Untersuchungsgefängnisses. Arbeitsstrafen waren in den frühen Gerichtsordnungen zwar nicht explizit festgehalten, in der Praxis wurden sie jedoch häufiger verhängt.²³ In den Kodifikationen des 17. und 18. Jahrhunderts traten die Freiheitsstrafen – dank einer neuen Auffassung über die Ziele des Freiheitsentzuges – zunehmend als selbständige Strafen in Erscheinung. Als Strafzweck trat nun neben dem Abschreckungsgedanken auch die Besserung des Straftäters durch Arbeit in Erscheinung. Die frühe Neuzeit experimentierte daher mit zahlreichen Formen freiheitsentziehender Sanktionen, die häufig aus einer Kombination aus Freiheits- und Arbeitsstrafe bestanden, und sowohl ordentlich als auch außerordentlich verhängt werden konnten, wie beispielsweise Turmhaf, Galeerenstrafe, Karrenstrafe, Gefängnis, Festungs- oder Schanzenbau sowie das Zuchthaus.

Mit der zunehmenden Verbreitung der Freiheitsstrafe entstanden auch europaweit die ersten Gefängnisse. Ursprünglich dienten diese Gefängnisse in erster Linie als eine Art Verwahrungs- und Besserungsanstalten für „liederliches Gesindel“ wie Bettler und Vaganten, aber auch Straftäter verbüßten dort von Anfang an ihre Strafen. Frühe Einrichtungen mit ausschließlichem Strafanstaltscharakter waren im 17. Jahrhundert das Amsterda-

¹⁸ Ausführlich zur „mort civile“ vgl. Hubmann, Verena: *L'image de la mort. Über die mort civile und ihre Abschaffung im französischen Recht und ihre Nachbildungen in den Kantonen Waadt und Wallis*. Zürich 1990.

¹⁹ Weder die „mors civilis“, noch die Reichs- oder Territorialacht können in Deutschland als Vorbilder für den bürgerlichen Tod gelten. Vgl. Weithase: *Über den bürgerlichen Tod*. S. 79–83. Zu den Unterschieden zwischen bürgerlichem Tod und „mort civile“ vgl. im Einzelnen ebd. S. 86–87.

²⁰ „[...] Ordiniamo che alla abolita pena di morte, sia sostituita come ultimo supplizio per gli Uomini la pena dei Pubblici Lavori a vita, e per le Donne dell'Ergastolo parimente a vita [...]“. Die bis dato bestehende Möglichkeit, nach 30-jähriger verbüßter Strafe um Gnade zu ersuchen, wurde explizit zurückgenommen.

²¹ Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung, Wien 1787. § 25.

²² Vgl. Härter, Karl: *Freiheitsentziehende Sanktionen in der Strafjustiz des frühneuzeitlichen Alten Reiches*. In: *Gefängnis und Gesellschaft. Zur (Vor-)Geschichte der strafenden Einsperrung*. Hrsg. v. Gerhard Ammerer, Falk Bretschneider u. Alfred Stefan Weiß. Leipzig 2003. S. 67–99. Krause, Thomas: *Opera Publica*. In: *Gefängnis und Gesellschaft. Zur (Vor-)Geschichte der strafenden Einsperrung*. Hrsg. v. Gerhard Ammerer, Falk Bretschneider u. Alfred Stefan Weiß. Leipzig 2003. S. 117–130. Ders.: *Geschichte des Strafvollzugs. Von den Kerkern des Altertums bis zur Gegenwart*. Darmstadt 1999. Spierenburg, Pieter: *The Prison Experience. Disciplinary Institutions and Their Inmates in Early Modern Europe*. Amsterdam 2007 [Nachdr. 1991]. Kleinheyer, Gerd: *Freiheitsstrafen und Strafen mit Freiheitsentzug*. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* (107). 1990. S. 102–131.

²³ Vgl. Kleinheyer: *Freiheitsstrafen*. S. 107–108.

mer Rasphuis und das Hamburger Spinnhaus.²⁴ Ab dem 18. Jahrhundert wurden Gefängnisse und Zuchthäuser zunehmend zu Anstalten des Strafvollzugs, wohingegen die Bekämpfung der Bettelei und die Armenfürsorge vermehrt sozialen (Zwangs-)Einrichtungen zugewiesen wurden.

Freiheits- und Arbeitsstrafen wiesen dabei territorial unterschiedliche Ausprägungen auf. In Bayern waren Gefängnisse bereits um 1600 nicht nur Verwahrungsorte für Untersuchungsgefangene, sondern zugleich auch Institutionen des Strafvollzugs. Die kurzfristige Gefängnisstrafe gehörte bei Sittlichkeitsdelikten und in der gesamten Niedergerichtsbarkeit sowohl als reguläre als auch als Ersatzstrafe zu den Standardstrafen im Herzogtum und Kurfürstentum Bayern. Auch im Bereich der Hochgerichtsbarkeit war die zeitlich beschränkte Gefängnisstrafe gebräuchlich. Von den für die zumeist nur kurzfristigen Freiheitsstrafen bestimmten Gefängnissen waren die Zucht- und Arbeitshäuser zu unterscheiden, die im 17. Jahrhundert sowohl für den (längerfristigen) Strafvollzug, als auch zur Bekämpfung der Bettelei und des Müßiggangs dienten. In München entstand 1682 das erste Zucht- und Arbeitshaus, Nürnberg verfügte bereits seit 1670 über ein Zuchthaus, 1672 folgten das Hochstift Würzburg, 1724/25 die Markgrafschaft Brandenburg-Bayreuth (St. Georgen), 1732 das Hochstift Bamberg und 1722 – als Gemeinschaftseinrichtung des Schwäbischen Kreises – das Zucht- und Arbeitshaus in Buchloe.²⁵

Um 1800 legitimierte schließlich der sich am öffentlichen Wohl orientierende Utilitarismus der Aufklärung die Verurteilung von Straftätern zur Zwangsarbeit sowohl in rechtlicher als auch in ökonomischer Hinsicht. Beccaria und Voltaire argumentierten, dass lebenslange Zwangsarbeit dem Staat mehr nutze und zudem abschreckender wirke, als die Todesstrafe. Die Kettenstrafe stand dabei als lebenslange Freiheitsstrafe, die mit schwerster Zwangsarbeit einherging und den Verlust sämtlicher bürgerlicher Rechte nach sich zog, ganz in der Tradition aufklärerischen Strafrechtsdenkens.²⁶ Der Kettensträfling wurde zum Arbeitssklaven des aufgeklärten Staates. Somit ist es nur folgerichtig, wenn Feuerbach die Kettenstrafe als „ein Sklavenleben in Ketten“²⁷ bezeichnet.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass sich eine Untersuchung der Wurzeln der bayerischen Kettenstrafe nicht in einem Vergleich mit dem napoleonischen Code pénal erschöpfen kann. Hier wären nicht nur im Detail die Diskussion um die Einführung des Strafgesetzbuches von 1813 und der ideengeschichtliche Hintergrund der europäischen Aufklärung nachzuzeichnen, sondern auch eventuelle Traditionslinien aus dem territorialen frühneuzeitlichen Recht zu berücksichtigen. Immerhin konnte sich die bayerische Kettenstrafe auch auf eine

ausgeprägte Überlieferung von Freiheits- und Arbeitsstrafen in und außerhalb Bayerns berufen und ist daher stets auch in diesem Kontext zu sehen.

III. Die Kettenstrafe außerhalb Bayerns

Das Bayerische Strafgesetzbuch von 1813 galt und gilt auch heute noch größtenteils als wegweisende und bahnbrechende Gesetzeskodifikation, der Anfang des 19. Jahrhunderts Vorbildfunktion für andere Partikulargesetzbücher zukam. Sie führte den Grundsatz *nulla poena sine lege* ein, enge Tatbestände und ein genau umgrenzter Strafraum sollten dabei richterliche Willkür ausschließen. Ein Jahr nach seinem Inkrafttreten wurde das Bayerische Strafgesetzbuch mit wenigen Änderungen im Großherzogtum Oldenburg übernommen.²⁸ Art. 7 des Strafgesetzbuches für die Herzoglich Holstein-Oldenburgischen Lande sieht die Kettenstrafe als zweit-schwerste Strafe direkt nach der Todesstrafe vor. Sie stellt eine wortwörtliche Übernahme aus dem Bayerischen Strafgesetzbuch dar (Art. 10-12).

Auch in Hannover hatte sich der erste Entwurf eines neuen Strafgesetzbuches von 1823 noch teilweise am Bayerischen Strafgesetzbuch orientiert, für das Gesetzbuch von 1840 kann dies jedoch nicht mehr gelten. Hinsichtlich der Kettenstrafe unterschied sich Hannover deutlich von Bayern. Zwar wird die Kettenstrafe im Allgemeinen Kriminalgesetzbuch für das Königreich Hannover als schwerste Freiheitsstrafe direkt nach der Todesstrafe genannt (Art. 8). Auch waren bestimmte Personengruppen von dieser Strafe ausgenommen: Frauen, Jugendliche unter 18 Jahren sowie gebrechliche und schwache Männer wurden statt zur Kettenstrafe zur Zuchthausstrafe verurteilt (Art. 12). Im Unterschied zu Bayern war die Kettenstrafe in Hannover jedoch prinzipiell in zwei Schweregrade geteilt (Art. 10). Die Kettenstrafe konnte darüber hinaus auch zeitlich verhängt werden mit einem Mindeststrafmaß von sechs Jahren bis hin zu lebenslanger Haft (Art. 11). Der wohl grundlegendste Unterschied jedoch ist, dass die Kettenstrafe in Hannover zwar den Verlust des Adels, aller Würden, Staats- und Ehrenämter sowie der Zunftrechte und die Unfähigkeit zukünftig Ämter und Würden auszuüben nach sich zog (Art. 16), nicht jedoch den bürgerlichen Tod.

Im Kriminalgesetzbuch für das Herzogtum Braunschweig von 1840 wies die Kettenstrafe weitaus mehr Ähnlichkeit mit der Strafregelung in Hannover als in Bayern auf. Wie in Hannover konnte die Kettenstrafe in Braunschweig sowohl zeitlich, als auch lebenslang verhängt werden. Die ordentliche zeitliche Strafe betrug dabei 5 bis 15 Jahre, die außerordentliche zeitliche Strafe 3 bis 25 Jahre (1. Buch, Titel 2, §14). Als Folge der Kettenstrafe traten ähnlich wie in Hannover der Verlust aller Ehren, Dienst- und Innungsrechte sowie die Unfähigkeit, die Vormundschaft über andere Personen als die ei-

²⁴ Vgl. Krause: Geschichte des Strafvollzugs. S. 43 u. ausführlich Spierenburg: The Prison Experience. S. 143-150.

²⁵ Vgl. Heydenreuter: Kriminalgeschichte. S. 256-266.

²⁶ Zum aufklärerischen Diskurs über Freiheits- und Todesstrafen sowie zur Einordnung der Kettenstrafe in die Tradition des aufklärerischen Utilitarismus vgl. Fußnote 16.

²⁷ Feuerbach: Aktenmäßige Darstellung. S. 193.

²⁸ Das Patent über die Verkündung des Strafgesetzbuches für die Herzoglich Holstein-Oldenburgischen Lande nennt das Bayerische Strafgesetzbuch explizit als Grundlage. Vgl. Strafgesetzbuch für die Herzoglich Holstein-Oldenburgischen Lande. Oldenburg 1814. S. IV-V.

genen Kinder zu führen ein (1. Buch, Titel 2, §17), nicht jedoch der bürgerliche Tod.

Das bayerische Strafgesetzbuch hatte kurz nach seinem Entstehen auch Einfluss auf die Strafgesetzbücher einiger Schweizer Kantone, wie St. Gallen, Tessin, Basel und Schaffhausen.²⁹ Dies betraf auch die besondere Härte der Strafandrohungen. Im St. Gallener Strafgesetzbuch von 1819 findet sich auch die Kettenstrafe, sie bestand aus dem Tragen von Ketten und öffentlicher Zwangsarbeit. Anders als in Bayern, Oldenburg, Hannover oder Braunschweig durfte die Kettenstrafe in St. Gallen ausschließlich als zeitliche Strafe von mindestens einem bis maximal 10 Jahren verhängt werden (1. Teil, 6. Titel, Art. 60). Jede Verurteilung zu einer Kriminalstrafe zog die (zeitweise) Verwirkung der aktiven Bürgerrechte nach sich. Das waren im Einzelnen der Verlust aller Ehren, öffentlichen Ämter oder Dienststellen, der Ausschluss von Gemeindeversammlungen und zum Teil auch das Verbot von Wirtshäusern. Der Verlust der aktiven Bürgerrechte erfolgte als Straffolge ausschließlich zwischen 2 und maximal 10 Jahren. Als eigenständige Strafe konnte der Bürgerrechtsverlust jedoch auch auf Lebenszeit verhängt werden (1. Teil, 6. Titel, Art. 72). Den bürgerlichen Tod kannte das St. Gallener Strafgesetzbuch nicht.

Das Basler Strafgesetzbuch von 1821 wies neben französischen Einflüssen auch den Einfluss St. Gallens und damit Feuerbachs auf. Die Kettenstrafe folgte in Basel weitgehend dem St. Gallener Vorbild, jedoch konnte sie in Basel grundsätzlich in zwei Graden verhängt werden (1. Teil, 1. Abschnitt, 4. Titel, §21). Die Strafdauer richtete sich dabei nach der Art der Verbrechen, was aus den einzelnen Regelungen zu Verbrechen und ihren Strafen hervorgeht (1. Teil, 2. Abschnitt). Straffolge jeder Verurteilung zu einer Kriminalstrafe waren der Verlust aller Würden und Ämter, der Ausschluss von den Gemeindeversammlungen sowie die Unfähigkeit zu allen öffentlichen Stellen, Rechtszeugnissen, Vormundschaften und zum Waffendienst. Der Verurteilte verlor für die Dauer des Strafvollzugs die Fähigkeit über sein Vermögen zu verfügen, ein Geschäft abzuschließen oder ein Testament zu erstellen (1. Teil, 1. Abschnitt, 4. Titel, §30). Der Rechtsverlust war damit sehr umfassend, jedoch zeitlich begrenzt. Der bürgerliche Tod war ebenso wie in St. Gallen unbekannt.

1866 wurde in Argentinien schließlich von Carlos Tejedor ein Entwurf für ein Strafgesetzbuch erarbeitet, der hauptsächlich vom Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813 beeinflusst war.³⁰ Obwohl der Entwurf nicht die

parlamentarische Bestätigung erhielt, wurde er faktisch von vielen Provinzen als Recht übernommen.³¹ Auch das Strafgesetzbuch von 1886 basierte teilweise auf dem Entwurf von Tejedor und damit auf dem Bayerischen Strafgesetzbuch. Der Entwurf Tejedor kannte neben der Todesstrafe auch verschiedene Arten der Freiheitsstrafe, darunter das strenge Gefängnis (*presidio*), das Zuchthaus (*penitenciaría*), die Verbannung von einem Ort (*destierro*), die Verbannung an einen Ort (*confinamiento*) und das Gefängnis (*prisión*) (*Libro Segundo, Título Segundo, §1, Art. 1*). Das strenge Gefängnis (*presidio*) kam dabei der Kettenstrafe des Bayerischen Strafgesetzbuches am nächsten und bestand aus öffentlicher harter Zwangsarbeit, wie Kanal- oder Festungsbauten, sowie dem Tragen einer Kette (*Libro Segundo, Título Segundo, §2, Art. 7*). Bestimmte Personengruppen waren davon jedoch ausgenommen, wie Frauen, schwache oder kranke Männer, Jugendliche unter 20 Jahren oder alte Menschen über 60 Jahre. Sie waren stattdessen zum Zuchthaus (*penitenciaría*) zu verurteilen (*Libro Segundo, Título Segundo, §2, Art. 9*). Anders als in Bayern konnte das strenge Gefängnis jedoch nie lebenslang, sondern nur für eine bestimmte oder unbestimmte Zahl an Jahren ausgesprochen werden. Bei unbestimmter Strafdauer konnte der Häftling nach einigen Jahren bei guter Führung begnadigt werden (*Libro Segundo, Título Segundo, §2, Art. 10*). Der zum strengen Gefängnis (*presidio*) Verurteilte war unfähig, für die Strafdauer und für die Zeit nach dem Strafvollzug, die die Hälfte der Strafdauer betrug, öffentliche Ämter zu bekleiden. Für die Strafdauer war der Verurteilte überdies unfähig, Geschäfte zu tätigen. Nach Verbüßung der Strafe musste er sich für die Dauer von ein bis fünf Jahren einer behördlichen Überwachung unterstellen (*Libro Segundo, Título Segundo, §2, Art. 12*). Im Entwurf Tejedor wird der zeitweise Rechtsverlust in Anlehnung an den bürgerlichen Tod auch als „*muerte civil*“ bezeichnet, neben römischen Wurzeln wird sich explizit auch auf bayerische, spanische und französische Vorbilder berufen.³² Von einem bürgerlichen Tod im Sinne des Bayerischen Strafgesetzbuches kann jedoch auch in Argentinien nicht die Rede sein.

Mit Ausnahme des Oldenburgischen Strafgesetzbuches, in dem die Kettenstrafe eine wortwörtliche Übernahme des Bayerischen Strafgesetzbuches von 1813 darstellt, wichen die als „Kettenstrafe“ bezeichneten Strafregelungen der späteren Gesetzbücher deutlich von der bayerischen Kettenstrafe ab. Zwar war allen Gesetzbüchern gemein, dass die Kettenstrafe als schwerste Form der Freiheitsstrafe angesehen wurde und in der „Rangfolge“ direkt nach der Todesstrafe rangierte. Sie ging stets mit Zwangsarbeit, dem Tragen eiserner Ketten und einem mehr oder weniger umfangreichen Rechtsverlust einher. Ein grund-

²⁹ Vgl. Gschwend, Lukas: Der Einfluss Paul Johann Anselm von Feuerbachs auf die Strafrechtsentwicklung in der Schweiz. In: Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt des liberalen, modernen und rationalen Strafrechts. Hrsg. v. Arnd Koch, Michael Kubiciel, Martin Löhnig u. Michael Pawlik. Tübingen 2014. S. 477-494, hier v.a. S. 480-483.

³⁰ Neben bayerischem Einfluss wies der „Progetto Tejedor“ jedoch auch Zitate aus dem spanischen Strafgesetzbuch von 1848, aus dem kastilischen Recht, aus dem einheimischen Recht, aus römischen Quellen und aus dem Gesetzbuch des US-Staates Louisiana auf. Vgl. Malarino, Ezequiel u. Eiroa, Pablo: Kurze Geschichte des argentinischen Strafrechts. Aus dem Italienischen von Thomas Vormbaum. Münster 2012. S. 13-24, hier S. 17.

³¹ Der Artikel 108 der argentinischen Verfassung von 1853/1860 sah vor, dass die Provinzregierungen eigene materiell-rechtliche Gesetzbücher schaffen konnten, solange das Parlament keine nationalen Strafgesetzbücher erlassen hatte. Vgl. ebd. S. 21.

³² Der Progetto Tejedor enthält zu jedem Artikel eine erläuternde Anmerkung über die Lehre oder die ausländische Gesetzgebung. Die Anmerkung zur „*muerte civil*“ bezieht sich auf den Artikel 12, *Libro Segundo, Título Segundo, §2*.

legender Unterschied war jedoch zum einen, dass die Kettenstrafe in keinem dieser Gesetzbücher ausschließlich lebenslang verhängt werden durfte, ja zum Teil waren wie in St. Gallen lediglich zeitliche Strafen erlaubt. Ein mindestens ebenso gravierender Unterschied war, dass der Rechtsverlust nirgends dem bürgerlichen Tod gleichkam. Selbst wenn der Rechtsverlust umfangreich war und dem Namen nach an den bürgerlichen Tod angelehnt war, wie dies in Argentinien der Fall war, so war der Rechtsverlust stets auf die Strafdauer oder auf die dem Strafvollzug unmittelbar folgenden Jahre beschränkt und kam auch qualitativ nicht dem bürgerlichen Tod gleich. Eine regelrechte „Fiktion des Todes“, aus der es kein (rechtliches) Wiederaufstehen gab, war ausgeschlossen.

Die Ursache dieser Unterschiede ist zum einen sicherlich in dem zeitlichen Abstand zu suchen, der zwischen dem Entstehen des Bayerischen Strafgesetzbuches von 1813 und den nachfolgenden Gesetzbüchern lag. So konstatiert auch Andreas Roth, dass das Bayerische Strafgesetzbuch von 1813 nur gut zehn Jahre lang als Maßstab sowohl für die Entwürfe der Partikulargesetzbücher der einzelnen deutschen Länder, als auch für die Gesetzgebung im Ausland gedient hatte, danach nicht mehr. Dabei sei es kein Zufall gewesen, dass Feuerbach 1824 selbst einen neuen Entwurf vorgelegt hatte, der der zeitgenössischen Kritik seines Gesetzbuches Rechnung trug.³³ Darüber hinaus wäre hier im Einzelnen aber auch noch zu untersuchen, inwieweit die Kettenstrafen der deutschen Partikularstaaten und des Auslands nicht auch eigene territoriale Traditionslinien aufgriffen.

Als frühe Kritikpunkte am Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813 finden sich der Ausschluss jeden richterlichen Spielraums und die drakonischen Strafandrohungen, die in der Praxis häufig durch Begnadigungen unterlaufen wurden. Auch die Kettenstrafe war bereits unter Zeitgenossen höchst umstritten, sie galt als unmenschlich und ungerecht.³⁴ Schon bald kam es zu einer Diskussion um Strafrechtsreformen und zu Entwürfen eines neuen Strafgesetzbuches. Die Kettenstrafe blieb jedoch sowohl

in Gönners Entwurf von 1822, als auch in Feuerbachs Entwurf von 1824 erhalten, in letzterem wurde sie jedoch vom bürgerlichen Tod befreit. Per Gesetzeskraft wurde der bürgerliche Tod jedoch erst 1848 neben der körperlichen Züchtigung, der Ausstellung am Pranger und der Brandmarkung abgeschafft. Im Entwurf von 1851/53 wurden auch die Reste der Kettenstrafe gestrichen, de jure wurde sie jedoch erst mit dem Bayerischen Strafgesetzbuch von 1861 aufgehoben.³⁵

IV. Die Kettenstrafe in der bayerischen Rechtspraxis

Die Kettenstrafe war damit fast 50 Jahre lang die schwerste Freiheitsstrafe im Königreich Bayern. Über die Anwendung der Kettenstrafe in der Rechtspraxis ist bislang allerdings kaum etwas bekannt. Das Bayerische Strafgesetzbuch sieht die Kettenstrafe in neun Fällen vor: beim Versuch zu einem mit dem Tode bedrohten Verbrechen (Art. 60), Beihilfe zu einem solchen Delikt (Art. 75), Rückfall nach erlittener Zuchthausstrafe auf unbestimmte Zeit (Art. 114), Kindstötung, wenn die Mutter als öffentliche Dirne gelebt hat (Art. 158), bei Raub dritten Grades (Art. 238), bei Brandstiftung zweiten Grades (Art. 249) und bei Brandlegung durch Sprengung (Art. 255), Meineid (Art. 291) und Anstiftung zum Tumult (Art. 322). Auch wenn daraus noch nicht hervorgeht, wie häufig diese Strafe tatsächlich verhängt wurde und wie oft sie im Vergleich zur Todesstrafe oder anderen Freiheitsstrafen ausgesprochen wurde, so scheint sie auf den ersten Blick auf eher spezielle Strafrechtsfälle beschränkt gewesen zu sein.

Die Todesstrafe wurde im Vergleich dazu in einer erheblich größeren Anzahl an Fällen angedroht: bei Mord (Art. 146) sowie ihre geschärfte Form bei qualifiziertem Mord (Art. 147), bei Brunnenvergiftung (Art. 150), bei wiederholter Kindstötung (Art. 158), bei Notzucht mit Todesfolge (Art. 189), bei Raub vierten Grades (Art. 239) sowie beim Anführen von Räuberbanden (Art. 240) und bei räuberischer Erpressung (241), bei Brandstiftung ersten Grades (Art. 248) sowie Brandlegung durch Sprengung (Art. 255), bei Meineid aufgrund dessen ein Todesurteil vollstreckt wurde (Art. 292), bei Hochverrat (Art. 301) und Staatsverrat zweiten Grades (Art. 303), Majestätsbeleidigung (Art. 310) und schließlich bei Tumult zweiten Grades, der Mord, Totschlag, Raub oder Brandstiftung nach sich zog (Art. 321).³⁶ Die Todesstrafe durfte allerdings nicht verhängt werden, wenn der Angeklagte der Tat allein durch Indizien, nicht aber durch Augenzeugen oder ein Geständnis überführt war (Art. 330). In solchen Fällen konnte die der Todesstrafe nächstfolgende Straftat, d.h. die Kettenstrafe, verhängt werden – wie dies bei dem bereits erwähnten Raubmörder Johann Paul Forster auch tatsächlich geschehen ist. Somit ergaben sich in der Strafrechtspraxis über die regulären Straftatbestände hinaus weitere Situationen, in denen auf Kettenstrafe erkannt werden konnte und musste.

³³ Vgl. Roth, Andreas: Die Rezeption des bayerischen StGB durch Legislative und Wissenschaft. Vollendung der Aufklärung oder Aufbruch in die Moderne? In: Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts. Hrsg. v. Arnd Koch, Michael Kubiciel, Martin Lönnig u. Michael Pawlik. Tübingen 2014. S. 525-543, hier v.a. S. 526-531.

³⁴ Die Kettenstrafe sei ungerecht, da sie stets lebenslänglich verhängt werde und somit einen jungen Menschen härter treffe als einen alten. Feuerbach selbst habe die Kettenstrafe später mündlich verworfen. Vgl. Arnold, Karl: Erfahrungen aus dem bayerischen StGB von 1813 und Betrachtungen hierüber. In: Archiv des Criminalrechts n.F. Halle 1843. S. 266-267. Im Mittelpunkt der Kritik stand jedoch der bürgerliche Tod: Durch ihn würden das Recht und Wohlergehen Unschuldiger leiden und die Folgen der Verurteilung seien auch dann nicht mehr rückgängig zu machen, wenn sich nachträglich die Unschuld des Verurteilten herausstelle. Vgl. Ørsted, Anders Sandøe: Ausführliche Prüfung des neuen Entwurfs zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, erschienen in München 1822. Kopenhagen 1823. S. 79-80. Gönner relativiert diese Kritikpunkte jedoch. Vgl. Gönner, Nikolaus Thaddäus von: Einige Motive zum Baierischen Entwurf des Strafgesetzbuchs mit kurzer Prüfung der ausführlichen Prüfung, welche der Hr. Staatsrath und Deputirter des K. dänischen Canzleicollégii, Dr. Oersted, zu Kopenhagen im Jahr 1823 herausgegeben hat. München 1825. S. 51-52.

³⁵ Vgl. Maihold: Die Diskussion. S. 495-523, siehe auch die Überblickstabelle auf S. 522.

³⁶ Vgl. dazu auch Czeguhn: Das Bayerische Strafgesetzbuch. S. 230-231.

Die Kettenstrafe griff jedoch nicht allein in den im Bayerischen Strafgesetzbuch angedrohten Fällen, sie konnte auch gnadenhalber verhängt werden, wenn das ordentliche Strafmaß auf Todesstrafe lautete, wie der Strafrechtsfall der Katharina Maier aus Augsburg zeigt. Katharina Maier hatte 1817 aus Habgier ihre Hauswirtin ermordet und das Verbrechen durch Brandstiftung zu vertuschen versucht. Vor Gericht war sie geständig, schien aber weder die Tragweite ihrer Tat noch die drohenden Konsequenzen vollständig zu erfassen. Ihr Verteidiger plädierte auf Strafmilderung, die er mit den „schwachen Geisteskräften“ der Angeklagten zu begründen versuchte. Die eingeholten ärztlichen Gutachten attestierten Katharina Maier jedoch sowohl volle Verstandeskräfte als auch geistige Gesundheit. Das Appellationsgericht erkannte daher 1818 auf geschärfte Todesstrafe, das Oberappellationsgericht bestätigte das Urteil, sah aber von der Strafschärfung aufgrund der langen Untersuchungshaft ab. Dieses Urteil wurde auf dem Gnadenweg jedoch in die Kettenstrafe umgewandelt mit der Begründung, dass die Verurteilte als „ungewöhnlich leichtsinnig“ zu gelten habe und die Tat „weniger aus Bosheit als aus Leichtsinne, Unüberlegtheit und Unbesonnenheit“ begangen habe.³⁷

Die Möglichkeit der Begnadigung wurde prinzipiell durch Art. 96 des Bayerischen Strafgesetzbuches eingeräumt, der bei Unverhältnismäßigkeit der gesetzlichen Strafe die Gerichte anwies, beim König um Gnade zu ersuchen. Harald Maihold verweist darauf, dass die Gerichte erster Instanz von dieser Bestimmung jedoch meist wenig Gebrauch machten und die Strafmilderung auf dem Gnadenwege in der Folge oft davon abhing, ob der Verurteilte Rechtsmittel einlegte. Aus diesem Grund wurden die Gerichte mit Reskript vom 10.8.1814 dazu angehalten, vor allem in Fällen, in denen der Begnadigungsgrund in der Beschaffenheit der Tat statt in den persönlichen Merkmalen des Täters lag, an das Ministerium zu berichten und eine Strafmilderung einzuholen.³⁸

Die Kettenstrafe wurde grundsätzlich also nicht nur für bestimmte Verbrechen, sondern auch auf dem Gnadenwege und bei einem an sich todeswürdigen Verbrechen, für das jedoch lediglich der Indizienbeweis erbracht worden war, ausgesprochen. Das legt die Vermutung nahe, dass es sich bei der Kettenstrafe nicht mehr nur um ein Randphänomen handelte, sondern dass sie neben der Todesstrafe und den anderen Freiheitsstrafen, wie Zucht- und Arbeitshaus, einen festen Platz in der bayerischen Strafpraxis hatte. Hier wäre auf alle Fälle eine auf Gerichtsakten und Gnadenschriften basierende Untersuchung lohnenswert, die nicht allein eine Quantifizierung der tatsächlich ausgesprochenen Kettenstrafurteile vornimmt, sondern auch ihre Relation zur Todesstrafe und anderen Freiheitsstrafen aufzeigt.

³⁷ Zum Fall der Raubmörderin und Brandstifterin Katharina Maier vgl. Feuerbach: Aktenmäßige Darstellung. S. 357-389. Das Zitat aus der Gnadenschrift stammt von ebd. S. 389.

³⁸ Vgl. Maihold: Die Diskussion. S. 500.

V. Der Strafalltag der Kettensträflinge

Auch über den Strafalltag der Kettensträflinge ist nicht mehr bekannt als das, was im Bayerischen Strafgesetzbuch festgehalten ist. Kettensträflinge sollten demnach zu schwerster öffentlicher Zwangsarbeit herangezogen werden, explizit werden die Austrocknung von Sümpfen, der Festungsbau und der Steinbruch genannt, also alles Arbeiten, die die Gesundheit des Arbeitenden langfristig massiv beeinträchtigten. War keine Gelegenheit zu öffentlicher Zwangsarbeit vorhanden, sollten die Kettensträflinge innerhalb des Zuchthauses mit der schwersten Arbeit beschäftigt werden. Sie sollten dabei von den übrigen Zuchthausinsassen gesondert verwahrt und stets mit Ketten und einer eisernen Kugel gefesselt werden. Hinsichtlich der Kleidung und Nahrung wären sie jedoch den übrigen Zuchthausinsassen gleichzustellen (vgl. Art. 7).³⁹ Die Kettenstrafe konnte dabei niemals anders als lebenslänglich verhängt werden (Art. 8).

Angesichts dieser harten Bedingungen stellt sich die Frage, wie lange eine solche Strafe überlebt werden konnte – nicht umsonst bezeichnet Feuerbach diese Strafe als „ein Sklavenleben in Ketten“⁴⁰ – und ob es außer dem Tod des Sträflings nicht noch andere Möglichkeiten der Beendigung des Strafvollzugs gab, wie z.B. durch Flucht, Begnadigung oder Revision des Urteils bei nachträglichem Unschuldsbeweis, die dann wiederum rechtlich interessante Konsequenzen hinsichtlich des bürgerlichen Todes nach sich ziehen würden.⁴¹ Auch wäre die Frage nicht uninteressant, was mit den Kettensträflingen nach Abschaffung des bürgerlichen Todes und der Kettenstrafe geschah. Eine abschließende Antwort auf diese Fragen kann im Folgenden nicht gegeben werden, jedoch soll zumindest eine Annäherung versucht werden.

Der zu lebenslanger Kettenstrafe verurteilte zweifache Raubmörder Johann Paul Forster wurde, wie bereits erwähnt, 1821 in die ehemalige Festung Lichtenau bei Ansbach eingewiesen. Die Festung Lichtenau war 1807 zum Zuchthaus für männliche Straftäter umgebaut worden, die dort abzusitzenden Strafen reichten von acht Jahren Zuchthaus bis hin zu lebenslanger Kettenhaft. Heinrich Holzschuher, Sozialpädagoge und von 1834 bis 1835 Aktuar des Zuchthauses Lichtenau, geht in seiner „Geschichte der ehemaligen Herrschaft, des Marktes, der Feste und des Zuchthauses Lichtenau“ ausführlich auf die Entstehung der Strafanstalt ein.⁴² Die Zuchthausinsassen waren ihm zufolge in den ehemaligen Quartieren der Festungsbesatzung in „Cachots“ untergebracht, jeder Cachot nahm dabei etwa 18-20 Personen auf. Die Ketten-

³⁹ Laut Art. 10 würden dies im Gesundheitsfall einmal täglich eine warme Speise und zweimal wöchentlich ein halbes Pfund Fleisch bedeuten.

⁴⁰ Feuerbach: Aktenmäßige Darstellung. S. 193.

⁴¹ So z. B. die Frage der Wiederverheiratung des als verwitwet geltenden Ehepartners oder des vererbten Vermögens des als tot geltenden Kettensträflings. Diese Fragen wurden bereits von den Zeitgenossen diskutiert, vgl. Arnold: Erfahrungen. S. 266-268, Ørsted: Ausführliche Prüfung. S. 79-80 und Gönner: Einige Motive. S. 51-52.

⁴² Vgl. Holzschuher, Heinrich: Geschichte der ehemaligen Herrschaft, des Marktes, der Feste und des Zuchthauses Lichtenau. Nürnberg 1837. Zum Zuchthaus Lichtenau und dem dortigen Strafvollzug vgl. v. a. S. 112-123.

sträflinge wurden in zwei gesonderten Cachots untergebracht, es stand also grundsätzlich Platz für bis zu 40 Kettensträflinge zur Verfügung. Auch auf die Verpflegung geht Holzschuher ein, demnach erhielten die Häftlinge einmal täglich Brot und warmes, gekochtes Gemüse, zweimal wöchentlich gab es zusätzlich Fleisch. Die Häftlinge arbeiteten ausschließlich innerhalb der Festung für eine Garnmanufaktur, wobei es ein täglich zu erfüllendes Arbeitspensum gab. Die Häftlinge wurden für ihre Arbeit entlohnt, der Lohn wurde jedoch bis zu ihrer Entlassung für sie verwahrt. Für eine Übererfüllung des Pensums wurden sie besonders vergütet, von dieser Vergütung durften sie sich Tabak oder eine bessere Verpflegung kaufen. Inwieweit diese Regelung auch für Kettensträflinge galt, die rechtlich weder in der Lage waren Eigentum zu besitzen noch zu erwerben, wird jedoch nicht erwähnt.

Lobend hebt Holzschuher hervor, dass den Häftlingen nach dem Sonntagsgottesdienst eine Sonntagsschule zur Verfügung stünde, in der sie im Schreiben und Lesen unterrichtet würden und den Lesekundigen Lehr- und Erbauungsbücher vorlägen. Ebenso positiv wird die gesundheitliche Fürsorge durch ein eigenes Spital und ein gemeinschaftliches Bad gewertet. Holzschuher betont, dass gemessen an der hohen Anzahl an Häftlingen (im Jahr 1835 seien es 230 Insassen gewesen) sehr wenige Krankheitsfälle und auffallend wenige Todesfälle (im Jahre 1835 insgesamt 5 Todesfälle) zu verzeichnen wären.⁴³ Diese Aussage steht in starkem Kontrast zu der damals weit verbreiteten Kritik am Zustand der Gefängnisse und Zuchthäuser. In den Strafanstalten herrschten zahlreiche Missstände, die auch die damaligen Zeitungen beklagten. So beanstandet ein Artikel über den Bau einer Strafanstalt in Karlsruhe, dass die bestehenden Gefängnisse „hie und da ungesund, häufig nicht geräumig, nicht sicher genug“⁴⁴ wären. Gerade auch in punkto Sicherheit wurden die zeitgenössischen Strafanstalten kritisiert: „Die Amtsblätter der Regierungsbezirke sind fortdauernd angefüllt mit Steckbriefen gegen Verbrecher, sonstige Sträflinge und Gefangene, die aus Festungen, Militär- und Zivilstrafanstalten und Gefängnissen entsprungen sind. Obgleich die Entsprungenen nur einen kleinen Theil der überhaupt vorhandenen Gefangenen ausmachen, so macht dieses so häufige Entspringen doch einen sehr ungünstigen Eindruck auf das Publikum, da entweder die Gefängnisse sehr schlecht oder die mit der Verwahrung beauftragten Personen sehr unzuverlässig sein müssen.“⁴⁵

Folge der Kritik war eine Gefängnisreformbewegung, die Ende des 18. Jahrhunderts vom anglo-amerikanischen Raum ausging und besonders mit dem Namen John Howard verknüpft ist. Der englische Philanthrop hatte als Sheriff von Bedfordshire auch die Aufsicht über die dort-

tigen Gefängnisse inne. Schockiert von den dort herrschenden Zuständen machte er es sich zur Lebensaufgabe, die festgestellten Mängel zu untersuchen und zu beheben. Hierbei beschränkte er sich jedoch nicht allein auf England, sondern bereiste bis zu seinem Lebensende zahlreiche Länder Europas, um sich vor Ort ein Bild von den dortigen Strafanstalten zu machen.⁴⁶ Bald begann man auch in Deutschland mit Bestandsaufnahmen im Stile Howards. Anfang des 19. Jahrhunderts befasste sich im deutschen Raum v.a. der Hamburger Arzt Nicolaus Heinrich Julius mit dem Gefängniswesen, der auch mehrere Reisen auf die Britischen Inseln und nach Nordamerika unternahm, um sich dort Impulse für eine Gefängnisreform in Deutschland zu holen.⁴⁷ Die Ergebnisse seiner Untersuchungen stellte er 1827 in Berlin im Rahmen einer Vorlesungsreihe vor, die im Folgejahr unter dem Titel „Vorlesungen über die Gefängniß-Kunde“ publiziert wurde. Darin formuliert Julius sechs Bedingungen, die einen guten Strafvollzug ausmachten, darunter gleich an zweitwichtigster Stelle die Gesunderhaltung der Gefangenen.⁴⁸ Dabei prangert er Missstände der Strafanstalten in Bezug auf Hygiene, Ernährung und Unterbringung der Häftlinge an, die für die damals als für Strafanstalten typisch angesehenen Krankheiten, wie Typhus, Schwindsucht aber auch „Trübsinn“ verantwortlich seien. Vor diesem Hintergrund mag Holzschuhers positive Wertung des (Über-)Lebens im Lichtenauer Strafvollzug nachvollziehbarer erscheinen. Überdies scheint der Fall Johann Paul Forster Holzschuhers Einschätzung zumindest ein Stück weit zu bestätigen. Forsters Sterbedatum ist zwar nicht bekannt, jedoch wurde 1850 ein letztes Gnadengesuch für ihn eingereicht.⁴⁹ Zu diesem Zeitpunkt hatte Forster also bereits 29 Jahre als Kettensträfling gelebt und überlebt.

VI. Fazit

Die hier in aller Kürze angeführten Punkte zeigen eines deutlich: Eine Beschäftigung mit der Geschichte der Kettenstrafe ist ein in vielfacher Hinsicht lohnenswertes und spannendes Unterfangen. Die Fragen nach dem Ursprung der bayerischen Kettenstrafe und der Vergleich mit der Kettenstrafe in den Partikulargesetzbüchern der deutschen Staaten und des Auslandes zeigen, dass es sich hier nicht nur um eine territorial und zeitlich beschränkte Kuriosität der deutschen Strafrechtsgeschichte handelt. Vielmehr kann die bayerische Kettenstrafe als Bestandteil einer europäischen Geschichte der

⁴³ Vgl. ebd. S. 120. Leider geht Holzschuher nicht weiter auf die Zusammensetzung der 230 Häftlinge in Zuchthäuser und/oder Kettensträflinge oder die Todesursachen ein. Auch frühere Jahre werden diesbzgl. nicht erwähnt.

⁴⁴ „Karlsruhe, 1. Aug.“ In: Der Friedens- und Kriegs-Kurier. Nr. 217. Vom 05.08.1837. Stadtbibliothek Nürnberg. Mikrofilm Nr. 113.

⁴⁵ „Berlin, 21. Aug.“ In: Der Friedens- und Kriegs-Kurier. Nr. 239. Vom 27.08.1838. Stadtbibliothek Nürnberg. Mikrofilm Nr. 114.

⁴⁶ Vgl. Krause: Geschichte des Strafvollzugs. S. 67. John Howard schrieb seine Erfahrungen in seinen beiden Werken „The State of the Prisons in England and Wales“ und „An Account of the Principal Lazarettos in Europe“ nieder.

⁴⁷ In den USA war 1790 in Pennsylvania eine auf völlig neuartigen Prinzipien basierende Strafanstalt gegründet worden, die eine Tag und Nacht dauernde strenge Einzelhaft unter Ausschluss jeglicher Arbeit durchführte, die die Häftlinge zu innerer Einkehr und moralischer Besserung führen sollte. Vgl. ebd. S. 68-69.

⁴⁸ Vgl. Julius, Nicolaus Heinrich: Vorlesungen über die Gefängniß-Kunde oder über die Verbesserung der Gefängnisse und sittliche Besserung der Gefangenen, entlassenen Sträflinge usw. Gehalten im Frühlinge 1827 zu Berlin. Berlin 1828. S. 85-87 sowie S. 94-106. An erster Stelle proklamierte Julius die sichere Aufbewahrung der Gefangenen.

⁴⁹ Vgl. Gnadengesuch vom 24.05.1850. Staatsarchiv Nürnberg. LG Nürnberg, 593.

Freiheitsstrafe verstanden werden. Darüber hinaus ist die historische Strafpraxis bislang völlig unerforscht. Hierzu wären v.a. die Eingangsbücher der Strafanstalten sowie die Gerichtsakten zu untersuchen. Erstere können Auskunft darüber geben, wie viele Häftlinge Freiheitsstrafen verbüßten, wie lange sie in den Strafanstalten verweilten und wann sie aus dem Strafvollzug – durch Entlassung, Tod, Flucht oder Begnadigung – ausschieden. Gerichtsakten können die Kettenstrafe in Relation zu anderen Strafurteilen, wie Todesstrafe oder Zuchthausstrafe, setzen. Zuchthausordnungen und gesetzliche Regelungen können Auskunft darüber geben, wie der

Strafalltag der Häftlinge aussehen sollte – die zeitgenössische Diskussion der Sozialpädagogen und Gefängnisreformer sowie die Verwaltungsakten der Strafvollzugsanstalten können jedoch wertvolle Hinweise darauf liefern, wie der Strafalltag tatsächlich aussah. War der Häftlingsalltag verglichen mit den drakonischen Strafandrohungen des Bayerischen Strafgesetzbuches doch eher moderat – oder war es „Versklavung“ bis zum bitteren Ende? Für Johann Paul Forster schien Letzteres der Fall gewesen zu sein. Das Gnadengesuch war 1850 abgelehnt worden.

Ein Mord im Ostschweizer Bauernmilieu der 1920er-Jahre

Urs Hausmann

In late autumn in the year 1924, a farmer shot another farmer dead. The crime took place at the precise farm that the offender happened to have bought from the victim shortly before the crime occurred. Up to that point, the victim had a long history of relocating numerous times. Until the enactment of a national criminal code in the year 1942, in Switzerland each canton had its own criminal code. The article investigates the crime from two points of views. Considering the cantonal criminal code in place at that particular time, the criminal act itself and the criminal investigation with the subsequent lawsuit but also the convict's fate after his release will be analysed. Moreover, the article focuses on selected aspects such as the convict's purchases of agricultural properties and news coverage on the murder trial.

A la fin de l'automne 1924, un agriculteur est assassiné par un autre agriculteur. Le lieu du crime est la ferme que le criminel a achetée à sa victime peu avant l'événement. Jusqu'au moment du crime, le coupable a erré plus de 10 ans dans le canton de St-Gall. Avant l'adoption d'un code pénal national en 1942, chaque canton suisse possédait ses propres lois pénales. Cet article examine ce crime sous deux angles: d'un côté le crime et l'instruction pénale avec le procès final sont analysés à l'aide du code pénal de St-Gall. Ensuite, on reconstitue le sort du condamné après sa libération. D'un autre côté, l'article analyse des aspects supplémentaires tels que l'achat des biens immobiliers agricoles par l'accusé et la couverture médiatique du procès par la presse.

Im Spätherbst 1924 erschoss ein Bauer einen anderen Landwirt. Tatort war der Bauernhof, welcher der Täter dem Opfer kurz vorher abgekauft hatte. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte der spätere Täter eine langjährige Odyssee mit zahlreichen Wohnsitzwechseln hinter sich. Bis zur Inkraftsetzung eines nationalen Strafgesetzbuches im Jahr 1942 besass jeder Kanton in der Schweiz ein eigenes Strafgesetz. Der Beitrag untersucht den Kriminalfall aus zwei Blickwinkeln: Einerseits werden die Tat, die Strafuntersuchung mit dem anschliessenden Gerichtsprozess vor dem damals geltenden kantonalen Strafgesetzbuch analysiert sowie das Schicksal des Verurteilten nach dessen Entlassung nachgezeichnet. Andererseits widmet er sich ausgewählten Aspekten wie den vom Täter getätigten Käufen von landwirtschaftlichen Gütern oder der Berichterstattung über den Mordprozess in der Presse.

I. Einführung

1. Ausgangslage

Den Ausgangspunkt bildet eine Straftat, die im Spätherbst 1924 im Kanton St. Gallen begangen wurde. Es handelt sich um einen Mord, der im bäuerlichen Milieu angesiedelt war. Ein Landwirt, Johann Karl Angehrn, erschoss einen anderen Landwirt, Karl Peter, mit einem gezielten Kopfschuss. Opfer und Täter hatten sich gut 50 Tage vor dem Verbrechen kennengelernt. Anfang Oktober 1924 verkaufte das spätere Opfer seinen Bauernhof dem späteren Täter.

Bei der rechtshistorischen Aufarbeitung der fraglichen Straftat sollen sowohl die relevanten gross- als auch vor allem kleinräumigen historischen Kontexte mitberücksichtigt werden. Einerseits dienen sie der stimmigen Einbettung des Sachverhalts selbst und der Tätigkeit der beteiligten Behörden. Andererseits bilden sie die Basis, um ein hinreichendes Verständnis für die damaligen „Verhältnisse“, Strukturen und den herrschenden Zeitgeist entwickeln zu können.¹ Es geht insgesamt um eine analytische Durchleuchtung und wissenschaftlich-kritische Darstellung² eines Kriminalfalls, der sich in den Zwanzigerjahren des letzten Jahrhunderts in der Ostschweizgetragen hat. Dieser Beitrag ist somit als Fallstudie mit einem wissenschaftlichen Fokus zu verstehen.

Zu diesem Kriminalfall existiert ein umfassendes Dossier, das von den damals involvierten Strafverfolgungsbehörden verfasst wurde. Für die Analyse stand es im Original zur Verfügung. Um die angesprochene Einbettung der Straftat bestmöglich zu gewährleisten, werden neben

¹ Vgl. Gschwend(2002), 14.

² Gschwend (2012), 3.

dem Dossier und den einschlägigen kantonalen Gesetzen etliche weitere Primärquellen als Daten- und Informationslieferanten beigezogen. Wertvolle Dienste für das Verständnis des geografisch-räumlichen Kontextes der untersuchten Straftat leistete auch der Beizug von historischem Kartenmaterial.³

2. Kantonales Strafgesetzbuch

Da das vom Schweizer Stimmvolk am 3. Juli 1938 angenommene Schweizerische Strafgesetzbuch (aStGB) erst ab dem 1. Januar 1942 in Kraft war, bildeten in Bezug auf die untersuchte Straftat zwei kantonale Gesetze⁴ den rechtlichen Rahmen: Das Strafgesetz über Verbrechen und Vergehen vom 25. November 1885, das nachfolgend mit „StrG“ zitiert wird, sowie das Gesetz über die Strafrechtspflege bei Verbrechen und Vergehen vom 27. Februar 1912. Als Abkürzung hierfür wird „StrP“ verwendet.

Neben der Nachzeichnung der Straftat und dem Aufzeigen der anschliessenden Strafuntersuchung sowie des Prozesses vor dem St. Galler Kantonsgericht werden folgende Fragestellungen zusätzlich untersucht: Wie sahen erstens zur damaligen Zeit beim Kauf von landwirtschaftlichen Grundstücken deren typischen Finanzierungen aus? Welche Bedeutung hatte zweitens der Ostschweizer Dialekt bei der schriftlichen Protokollierung von Zeugenbefragungen und von Verhören des mutmasslichen Täters. Welche biografischen Spuren lassen sich drittens vom verurteilten Straftäter nach seiner Entlassung aus dem Zuchthaus aufspüren? Der vierte Themenkreis widmet sich schliesslich der Berichterstattung über den einschlägigen Kriminalfall in der Tagespresse.

3. Quellenbeschreibung

Die Untersuchung basiert auf der Prozessakte GA 2/413, die sich im Staatsarchiv St. Gallen befindet. Auf der Etikette des gebundenen Deckels des Dossiers steht handschriftlich neben dem Jahr 1925 auch der Titel „Angehrn Johann Karl, Mord“.⁵ Nachfolgend wird vom „Fall Angehrn“ gesprochen. Das Aktenverzeichnis der Kriminaluntersuchung ist chronologisch gegliedert und umfasst insgesamt 118 Einträge. Der erste Eintrag datiert vom 1. Dezember 1924. Die Akte schliesst mit der Urteilsfällung durch das Kantonsgericht St. Gallen am 17. Juni 1925. Während die ersten 111 Eintragungen maschinengeschrieben sind, wurden die letzten sieben Eintragungen ab dem 12. Juni 1925 ausschliesslich handschriftlich vorgenommen. Die im Dossier enthaltenden Akten lassen sich grob wie folgt strukturieren: 25 Protokolle von Zeugenverhören mit 23 verschiedenen Personen,⁶ 17 Protokolle von Einvernahmen mit dem mutmasslichen Täter, 12 Schreiben von Dritten an den zuständigen Untersuchungsrichter oder solche von ihm an Dritte, 10 Beiträge von der Kantons- oder Stadtpolizei St. Gallen, 4 vom

mutmasslichen Täter verfasste Dokumente wie beispielsweise seine eigene Lebensbeschreibung oder Briefe an seine Familie, 1 Bericht über die Obduktion der Leiche des Opfers, 1 psychiatrisches Gutachten über den Täter (mit Briefen und Ergänzungen), mehrere Abschriften von Kaufverträgen und Grundbuchauszügen, 1 Schlussbericht des Untersuchungsrichters an den Staatsanwalt, diverse Dokumente zuhanden der Anklagekammer und des Kantonsgerichts, 1 Stellungnahme des Verteidigers, das Urteil des St. Galler Kantonsgerichts sowie 1 Kostenrechnung betreffend die Kriminaluntersuchung.

Weiter finden sich in diesem Dossier folgende Dokumente, die teilweise nach Abschluss des Verfahrens hinzugefügt wurden: 24 Rechnungen und Quittungen, Zeitungsartikel aus dem Jahre 1924, Unterlagen zum späteren Ehescheidungsprozess des Ehepaars Angehrn sowie ein Rehabilitationsgesuch. Diese Unterlagen sind im Dossier aus nahe liegenden Gründen nicht mehr systematisch eingeordnet, aber in zweierlei Hinsicht besonders aufschlussreich: Sie erlauben einerseits Aussagen über den Aufenthaltsort des Angeklagten während der Strafuntersuchung und andererseits über den Lebenslauf des Verurteilten nach der Haftentlassung. Auch geben die Rechnungen mikroskopische Einblicke in die Lebenshaltungskosten und Gebührentarife der 1920er-Jahre im Kanton St. Gallen.

Rückblickend betrachtet strahlen die Akten Gradlinigkeit und ein hohes Mass an Klarheit und Transparenz aus. Insbesondere ist es gut nachvollziehbar, welche Personen weshalb als Zeugen in welchem Kontext befragt wurden. Hingegen ist die Erwähnung etlicher der aufgeführten Vor- und Nachnamen diffus. So wurde der mutmassliche Täter in den Akten namentlich wie folgt aufgeführt: „Johann Karl Angehrn“, „Angehrn Johann“, „Angehrn Karl Joh.“, „Angehrn Karl“, „Angehrn Johann Karl“, „Angehrn Joh. Karl“. Die Verwendung der Vornamen mutet wie ein kombinatorisches Spiel an. In seinem Heimatort Muolen war er unter „Angehrn Karl Johann“ registriert. In amtlichen Drittdokumenten wurde er mit „Angehrn Johann Karl“ aufgeführt. Verurteilt wurde er unter dem Namen „Johann Angehrn“. In den Abschriften der Kaufverträge, die vom Grundbuchamt Gossau stammten, figurierte er durchgängig unter „Karl Angehr“ (sic!). Die Verhörprotokolle selbst unterzeichnete der mutmassliche Täter mit „Joh. Angehrn“. Später, nach seiner Haftentlassung, signierte er sein Rehabilitationsgesuch im Jahr 1943 mit „Karl Joh. Angehrn“.

Neben dem untersuchten Dossier und den bereits eingangs erwähnten strafrechtlichen Erlassen waren zahlreiche andere Quellen hilfreich bei der Recherche. Dazu gehören namentlich weitere kantonale Erlasse wie das Gesetz betreffend die Organisation des Landjägerkorps vom 17. Mai 1887. Innerhalb der St. Galler Kantonalverwaltung waren es die Amtsberichte⁷ des Regierungsrates des Kantons St. Gallen oder auch Amtskalender. Um die demografischen, gesellschaftlichen und ökonomischen Gegebenheiten näher auszuloten, boten einerseits die Statistischen Jahrbücher der Schweiz und andererseits

³ Zeitreise, gefunden am 10.2.2014 unter <http://www.swisstopo.admin.ch/internet/swisstopo/de/home/175/timetravel.html>.

⁴ Sie können im Staatsarchiv des Kantons St. Gallen eingesehen werden.

⁵ Die Passagen sind bereits im Original unterstrichen.

⁶ Das erste Gespräch mit dem mutmasslichen Täter gilt noch als Zeugenverhör.

⁷ Sind im Staatsarchiv St. Gallen vorhanden.

Publikationen zu den vom Bund durchgeführten Volkszählungen⁸ aufschlussreiches Anschauungsmaterial. Schliesslich wurden verschiedene Tageszeitungen für den Zeitraum der Straftat und des Gerichtsprozesses konsultiert. Während die Ostschweizer Zeitungen im Staatsarchiv St. Gallen vorrätig waren, konnte auf die „Neue Zürcher Zeitung“ im Staatsarchiv Zürich und auf den „Tages-Anzeiger“ in der Zentralbibliothek Zürich zurückgegriffen werden. Bis auf wenige Ausnahmen waren diese Drittquellen zum Zeitpunkt der Straftat im Jahr 1924 bzw. des Gerichtsprozesses im Jahr 1925 bereits publiziert und standen der Öffentlichkeit grundsätzlich zur Verfügung.

II. Sachverhalt

1. Kauf von Peters Liegenschaft

Johann Karl Angehrn zog am 13. Oktober 1924 mit seiner achtköpfigen⁹ Familie von der Gemeinde Oberbüren in die St. Galler Gemeinde Häggenschwil. Dort mietete er im Weiler „Schmitten“ eine Wohnung von Alois Hauser (Junior). In diesen Tagen äusserte Angehrn gegenüber seinem Schwager Jakob Högger (Junior), dass er gerne wieder einen Hof kaufen möchte. Eine Woche zuvor, am 6. Oktober 1924, erfuhr der Liegenschaftsagent Albert Ammann-Rüegg, dass ein gewisser Karl Peter seine Liegenschaft verkaufen möchte. Noch am selben Tag unterzeichneten Karl Peter und Ammann-Rüegg einen Provisionsvertrag. Tags darauf wurde Ammann-Rüegg auf dem Markt in der Gemeinde Wil zufällig von Angehrn angesprochen, ob er allenfalls ein passendes Objekt für ihn hätte. Der Liegenschaftsagent empfahl ihm Peters Grundstück in Unter-Gerschwil. Der Weiler gehörte bereits damals zur Gemeinde Häggenschwil. Am 8. Oktober 1924 besichtigte Angehrn die fragliche Liegenschaft und tauschte sich mit dessen Eigentümer Karl Peter aus. Bereits am 9. Oktober 1924 handelte Angehrn – begleitet von Ammann-Rüegg – den Kaufpreis und die weiteren Konditionen mit dem Verkäufer aus. Der Preis wurde bei 59'000 Franken fixiert. Eine Anzahlung von 10'000 Franken sollte bei der Beurkundung des Kaufvertrages bezahlt werden, und weitere 5'000 Franken bei der Übernahme der Liegenschaft am 1. Mai 1925.

Am Tag der Kaufverhandlung offenbarte Angehrn im Zwiegespräch mit Ammann-Rüegg, dass er noch nicht über die notwendigen finanziellen Mittel für den Kauf verfüge, aber sein Schwiegervater oder andere Leute ihm helfen würden. Zwischen dem 9. Oktober und dem 30. November 1924, also bis und mit dem Tag der Tat, versuchte Angehrn Drittmittel für die Finanzierung der peterschen Liegenschaft zu finden. Neben mehreren Versuchen, bei Familienmitgliedern seiner Ehefrau zu Geld zu kommen, bemühte er sich nachweislich, aber erfolglos, bei der im Jahre 1881 gegründeten Regionalbank „Bank

in Gossau“¹⁰ sowie bei August Gähwiler, einem in Gossau wohnhaften „Reisenden“. Letzteren soll Angehrn noch am späteren Sonntagmorgen des 30. November 1924 um eine Bürgschaft angefragt haben. Schliesslich ging aus der Zeugenbefragung von Xaver Germann, einem ebenfalls in Gossau wohnhaften Landwirten, hervor, dass Angehrn diesen einige Tage zuvor um eine Bürgschaft angefragt hatte. Germann hatte an diesem Sonntagmorgen persönlich mit Angehrn gesprochen, und die beiden wollten sich im Laufe des Tages nochmals zu einer Unterredung treffen. Angehrn erschien dort aber nicht. Dass Angehrn Xaver Germann anfragte, war kein Zufall. Ihre Wege hatten sich bereits im Spätherbst 1919 gekreuzt, als Germann seinen Bauernhof an ihn verkaufte.

2. Tag des Tötungsdeliktes

Angehrn besuchte am Tag der Tat, am Sonntag den 30. November 1924, gegen elf Uhr mittags August Gähwiler in seinem Zuhause in Gossau. Sie assen miteinander zu Mittag. Gemeinsam wollten sie zu Angehrns Schwiegervater, Jakob Högger (Senior), gehen, um mögliche Optionen bezüglich der Finanzierungslücke zu besprechen. Aus der Zeugenbefragung mit Gähwiler ging hervor, dass Angehrn an diesem Tag aber nicht mehr bei seinem Schwiegervater auftauchte. Die Dokumentation der Zeitspanne ab Sonntagmittag, wo sich Angehrn noch in Gossau aufhielt, bis zur Tat, die er knapp neun Stunden später auf dem peterschen Grundstück beging, stützt sich fast ausschliesslich auf Angehrns Aussagen, die sich – soweit sie sich auf seine spätere Präsenz und Aktivitäten zu Hause beziehen – grösstenteils vollständig mit den Aussagen seiner später befragten Ehefrau Maria deckten.

Auf dem Heimweg von Gossau nach Schmitten machte Angehrn Halt in St. Pelagiberg, wo sich die Pfarr- und Wallfahrtskirche Mariae Geburt befindet. Dort angekommen soll er während 45 Minuten den Nachmittags-Gottesdienst besucht haben. Aufgrund einer angeborenen Hörbeeinträchtigung hat er nur wenig vom Inhalt des Gottesdienstes mitbekommen.

St. Pelagiberg befindet sich knapp 11 Kilometer nördlich von Gossau und nur rund 2,3 Kilometer von Angehrns Wohnhaus in Schmitten entfernt.¹¹ Ein Blick auf das damalige Strassennetz zeigt, dass sich die erwähnte Pilgerstätte mehr oder weniger direkt auf seinem Heimweg befand. Auf der Rückfahrt nach St. Pelagiberg sei ihm erstmals der Gedanke gekommen, „den Peter zu erschliessen“. Dieser Gedanke begleitete ihn nach eigenen Aussagen permanent und ging ihm nicht mehr aus dem Kopf. Angehrn sprach bei einem der ersten Verhöre von einem Drang, den Peter zu „verschüsse“, weil Peter sagte, er „nähm mer s'Hemp vom Födle weg“. Auch in weiteren Verhören – so etwa am 12. Dezember 1924 – sprach Angehrn von diesem Drang, den Karl Peter aus Furcht vor

⁸ Volkszählung, gefunden am 10.2.2014 unter www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/150/03/01/00/01.html

⁹ Die Eheleute Angehrn hatten insgesamt zehn Kinder, wobei zwei kurz nach der Geburt bzw. nach wenigen Lebensjahren verstarben. Das erste Kind wurde am 15. April 1910 geboren und das letzte Kind am 13. Dezember 1922. Im Spätherbst 1924 lebten noch sechs Kinder im elterlichen Haushalt.

¹⁰ Zur jener Zeit war sie das einzige Bankinstitut vor Ort. Vgl. Statistisches Bureau der Schweizerischen Nationalbank. Die Bank fusionierte im Jahr 2001 mit der Bank Bütschwil. Seit dann firmiert sie unter swissregiobank (vgl. Schweizerische Nationalbank, 2003, B28).

¹¹ Zeitreise, gefunden am 10.2.2014 unter <http://www.swisstopo.admin.ch/internet/swisstopo/de/home/175/timetravel.html>.

ihm erschossen zu haben. Er habe noch nie in seinem Leben eine solche Furcht und einen solchen Drang verspürt.

In Unter-Gerschwil angekommen unterhielt sich Angehrn gegen 16:15 Uhr mit Karl Peter, ohne aber das kritische Thema des noch weitgehend fehlenden Geldes für den Kauf des Bauernhofes zu erwähnen. Kurze Zeit später war Angehrn bei sich zu Hause in Schmitten. Er holte seine Schrotflinte hervor und gab wenige Meter von der Scheune seines Vermieters Hauser entfernt gegen 16:30 Uhr im Freien einen Schuss in den Boden ab. Angehrn wollte mit diesem Manöver wohlweislich eine Begründung schaffen, weshalb die Waffe erst kürzlich in Gebrauch war. Zwei Nachbarskinder sollen ihn zudem beobachtet haben, wie er mit dem Jagdgewehr vor der Scheune hantierte. Kurz darauf trank er zusammen mit seiner Ehefrau einen Kaffee. Auch entledigte er sich von seinem Sonntagsgewand und zog sich für die Arbeit im Stall entsprechende Kleider an. Bevor er sich schliesslich gegen 17:30 Uhr um das Melken seiner einzigen Kuh kümmerte, deponierte er die Schrotflinte im „Unteren Gade“ seiner gemieteten Liegenschaft.

Es muss kurz vor 20:00 Uhr gewesen sein, als sich Angehrn zu Fuss und mit der bereits besagten Schrotflinte bewaffnet auf den Weg zu Peters Grundstück machte. Der Jahreszeit entsprechend war es bereits dunkel. Bemerkenswert ist die glaubwürdig zu rekonstruierende Tatsache, dass sich Angehrn nur mit einer Patrone, die sich im Gewehr befand, zum späteren Tatort aufmachte. Die beiden Weiler Schmitten (Wohnort von Angehrn) und Unter-Gerschwil (Wohnort von Peter) sind nur ca. 200 Meter voneinander entfernt. Angehrn benötigte für den Weg von seinem Grundstück bis zum Tatort also nur wenige Minuten.

An der südöstlichen Ecke der Scheune auf Karl Peters Grundstück lauerte Angehrn dem Opfer auf. Dabei war er gemäss der polizeilichen Skizze rund 34 Meter von seinem Wohnhaus entfernt. Zwischenzeitlich soll Angehrn nach eigenen Angaben das Grundstück noch kurz auskundschaftet haben. Er entdeckte dabei niemanden. Auch er wurde bei dieser Erkundungstour von keiner Person gesehen. Anschliessend positionierte sich Angehrn wieder bei der Scheune und wartete.

Es war gegen 20:15 Uhr, als Karl Peter seine Wohnung verliess. Das Hoflicht brannte. Er war in Begleitung seines Hundes. Karl Peter hatte – einem inneren Uhrwerk gehorchend – die Gewohnheit, um diese Zeit einen Kontrollgang zu machen. Er musste gerade im Begriff gewesen sein, den Vorplatz vor seinem Haus in Richtung Scheune zu durchschreiten, als ein Schuss fiel. Rund 13 Meter von seinem Wohnhaus entfernt stürzte Karl Peter durch diesen Schuss schwer getroffen zu Boden. Regungslos lag er da, immer noch beide Hände in den Hosentaschen. Der tödliche Schuss wurde um ca. 20:20 Uhr – gezielt auf Peters Kopf – durch Angehrn aus seiner Schrotflinte abgefeuert. Die ungefähre Uhrzeit der Schussabgabe wurde von mehreren Zeugen bei deren späteren Befragungen unabhängig voneinander verlässlich bestätigt.

Angehrn verliess den Tatort sofort und kehrte unverzüglich auf demselben Weg, auf dem er gekommen war, nach Hause zurück. Eine Nachbarin machte bei ihrer Befragung geltend, sie hätte jemanden in Richtung Schmitten laufen gesehen. Dort angekommen, verständigte er aufgeregt seine Ehefrau und anschliessend seine Nachbarn Hauser (Senior und Junior): Es sei geschossen worden, und er habe draussen zwei verdächtige Personen wahrgenommen. Vorgängig hatte er die Waffe in einem Vorraum zu seiner Wohnung deponiert. Aus einem späteren Verhör mit Angehrn ging weiter hervor, dass er nach der Tat auch noch die Schuhe gewechselt habe. Damit wollte er nach eigener Aussage seine Fussabdrücke am Tatort verschleiern.

Zusammen mit seinem Nachbarn Alois Hauser (Junior) suchte Angehrn anschliessend den Tatort ein weiteres Mal auf. Bei dieser Gelegenheit nahm er seine Schrotflinte, also die mutmassliche Tatwaffe, nochmals an den Tatort mit. Sie diene, wie er seinem Nachbar gegenüber äusserte, dem Schutz vor den Unbekannten. Auf dem Weg dorthin soll Angehrn mehrmals „Peter!“ gerufen haben.¹² Die beiden fanden denn auch als Erste den angeschossenen Karl. Fast gleichzeitig trafen zwei von Peters Nachbarn am Tatort ein. Der ältere Sohn von Karl Peter, der ebenfalls vom Schuss aufgeschreckt wurde, wagte es hingegen nicht, sich seinem Vater zu nähern. Sie fanden das Opfer „vor der Stallung mit angebauter Scheune, mit dem Gesicht auf dem Boden liegend, gerade ausgestreckt, Hände in den Hosentaschen – noch lebend und, laut röchelnd, athmend“. Der Getroffene hatte unmittelbar nach dem fatalen Schuss sein Bewusstsein verloren und dieses bis zu seinem Tod nicht mehr erlangt. Aus diesem Grund konnte er auf die Frage der Anwesenden, ob er den Schützen gesehen oder gar erkannt habe, nicht antworten.

Laut dem Bericht über die „Legalinspektion“ der Leiche, den der Bezirksarzt Dr. Otto Bösch verfasst hatte, wurde Karl Peter unmittelbar nach der Tat von den versammelten Nachbarn vom Innenhof in die Wohnstube seines Hauses getragen. Sie wollten ihn so vor der kühlen Witterung schützen, denn nach übereinstimmenden Aussagen war er nicht sofort tot gewesen, sondern soll noch rund 30 Minuten weitergelebt haben. Sein Tod trat erst gegen ca. 21 Uhr ein.

In der Folge fanden die sofort alarmierten und später eintreffenden Vertreter der Polizei- und Untersuchungsbehörden die Leiche nicht am ursprünglichen Tatort, sondern „bekleidet mit Hausschuhen, Strümpfen, Hose, Hemd und Liser“¹³ in der Wohnstube des Verstorbenen auf einer Matratze vor. Im Verlauf desselben Abends ging Angehrn ein weiteres Mal, diesmal zusammen mit seiner Ehefrau, zu Peters Wohnhaus. Im Gegensatz zu ihr wartete er dort aber unter einem Vorwand vor der Tür. Und kurz nach Mitternacht wurde er von den Untersuchungsbehörden erstmals – noch als Zeuge – be-

¹² Dieses Rufen machte Angehrn bei seinen Nachbarn verdächtig, da niemand wissen konnte, wem der abgegebene und von ihnen gehörte Schuss überhaupt gegolten hatte. Angehrn als Schütze wusste es natürlich, wen sie suchen und auch finden würden.

¹³ Steht schweizerisch mundartlich für Strickweste.

fragt. Das Opfer, Karl Peter, war am 2. April 1888 geboren. Der vierfache Familienvater war als Landwirt und Händler tätig gewesen und hatte – von seiner Ehefrau geschieden – mit seinen noch nicht erwachsenen Kindern und einer Haushälterin seit Anfang März 1923 in Unter-Gerschwil gelebt.

3. Eintreffen der Behörden am Tatort

In der Gemeinde Häggenschwil unterhielt die Kantonspolizei zu jener Zeit zwei Stationen. Die Vertreter der zuständigen Kantonspolizei konnten daher das in der Stadt St. Gallen ansässige Untersuchungsrichteramt bereits gegen 22:00 Uhr über das begangene Verbrechen informieren. In dieser Meldung an den zuständigen Untersuchungsrichter sprach die Kantonspolizei davon, dass wahrscheinlich ein Mord vorliege.¹⁴

Der erste Staatsanwalt, Dr. Leonhard Gmür, Untersuchungsrichter Bernhard Roth und der Bezirksarzt Dr. Otto Bösch trafen um ca. 23:15 Uhr am Tatort ein. Neben einer ärztlichen Untersuchung der Leiche vor Ort und der anschliessenden Anordnung, sie ins Kantonsspital in St. Gallen zu überführen, stellte der Untersuchungsrichter fest, dass Karl Peters Tod auf die Handlung einer Drittperson zurückzuführen sei. Die Strafuntersuchung wurde sofort aufgenommen. Noch in der Nacht vom 30. November auf den 1. Dezember 1924 nahm die Kantonspolizei eine Hausdurchsuchung von Angehrns Wohnung vor. Kurz nach Mitternacht wurde dort die wieder geladene Schrotflinte beschlagnahmt.

Am späteren Morgen des 1. Dezembers 1924 wurde Karl Johann Angehrn nach einer intensiven, über vier Stunden¹⁵ dauernden Einvernahme durch Untersuchungsrichter Roth verhaftet. Angehrn legte bei dieser Gelegenheit ein umfassendes Geständnis der Straftat ab. Er habe Karl Peter mit einer Schrotladung, die er aus seinem Jagdgewehr abgefeuert habe, getötet. Bei dieser Gelegenheit wies er auf eine langjährige Erkrankung hin: „Wenn ich die mir zur Last gelegte Tat begangen habe, so ist es in der Aufregung geschehen, denn ich leide unter heftigen Blutaufwallungen, die mich in höchste Aufregung versetzen, sodass ich gar nicht mehr recht weiss, was ich tue.“¹⁶ Gleichentags wurde er ins Bezirks- und Gemeindegefängnis St. Gallen überführt, das sich in der Kantonshauptstadt St. Gallen befand.

¹⁴ In allen von der Stadt- und Kantonspolizei St. Gallen abgefassten Akten wird vom ersten Moment der Untersuchung an durchgehend von „Mord“ gesprochen.

¹⁵ Diese Angabe stammt aus einer Pressemeldung des „St. Galler Tagblatts“.

¹⁶ Wie sich herausstellen würde, beeinflusste diese Bemerkung die Höhe der verhängten Zuchthausstrafe. Ein schriftlicher Hinweis auf diese „Krampfblutaufwallige“ findet sich tatsächlich in Angehrns Dienstbüchlein. Der Eintrag lautet „5. IV. 06. San. E M StG lt. Arzt Zgn. Catalepsie“. Aufgrund dieser Diagnose wurde Angehrn als vollständig dienstuntauglich qualifiziert. Die Rekrutenschule hatte er zuvor im Jahr 1902 absolviert. Im Rahmen der während der Untersuchungshaft durchgeführten medizinischen Untersuchungen kamen die beiden zuständigen Psychiater zum Schluss, dass Angehrn „seit seinem 23. Lebensjahr an derjenigen psychischen Krankheit leidet, die Epilepsie heisst“.

III. Wirtschaftliche, historische und kriminologische Hintergründe

1. Volkswirtschaftliche Grosswetterlage

Für die Ostschweizer Volkswirtschaft waren zwischen 1900 und 1930 zwei Ergebnisse von grösster Tragweite: zum einem der Erste Weltkrieg und zum anderen der Niedergang der Stickereiindustrie. Während die negativen Auswirkungen des Krieges für die gesamte Schweizer Volkswirtschaft eine Herausforderung darstellten, wirkte sich Letztere – trotz der eindrücklichen monetären Dimensionen¹⁷ – hauptsächlich regionalökonomisch innerhalb der Kantone St. Gallen und Appenzell Auser rhoden aus. Die kantonale Wirtschaftsstruktur war von einer „geradezu unheimlichen Einseitigkeit“¹⁸ geprägt. So befanden sich 1920 von allen in der Schweiz betriebenen Strickereimaschinen rund 95 Prozent in der Ostschweiz.¹⁹ Der Einbruch der auf Export ausgerichteten Stickereiindustrie war in jeder Dimension, sei es beschäftigungsmässig, sei es bezogen auf das Exportvolumen, einzigartig. Zwischen 1910 und 1925 reduzierte sich das nominale Handelsvolumen um knapp 40 Prozent und die gehandelte Menge nahm um 65 Prozent ab. Parallel dazu nahm konsequenterweise auch die Zahl der Beschäftigten in diesem Gewerbe ab: von rund 31'400 Menschen im Jahr 1910 auf deren 3'700 im Jahr 1930. Neben der hohen Arbeitslosigkeit war primär der steile Anstieg des allgemeinen Preisniveaus das Hauptproblem der Bevölkerung; es verdoppelte sich innerhalb von nur sieben Jahren. Lag der Landesindex der Konsumentenpreise – als amtlicher Indikator für die Teuerung – im Juni 1914 noch bei 100, war er am 1. Januar 1921 bereits bei 215.6²⁰ angelangt. Gleichzeitig stagnierten die Niveaus der Löhne der Erwerbstätigen. Schliesslich reduzierte sich zwischen 1910 und 1930 die Bevölkerung im Kanton St. Gallen von 303'000 auf 286'000 Personen.²¹

2. Landwirtschaft im Kanton St. Gallen

Ganz anders als die Stickereiindustrie erlebte der primäre Sektor in der Ostschweiz zwischen 1914 und 1945 einen scheinbaren Aufschwung, es fand hier also eine Art von „Reagrarisierung“ statt.²² Dabei blieb die Zahl der Beschäftigten im Kanton St. Gallen vorerst stabil. In den 1920er-Jahren sah sich die Ostschweizer Landwirtschaft mit zwei Hauptproblemen konfrontiert: Einerseits sanken die Erlöse von Agrarprodukten, insbesondere der Preis für Milch kam ab 1926 merklich unter Druck. Andererseits erhöhte sich gleichzeitig die Zinslast für Hypothekarkredite stetig. Und mit dem raschen Niedergang der Stickereiindustrie gingen für den Bauernstand zudem Zusatzerwerbsmöglichkeiten in der Form von Heimarbeit ausserhalb der Landwirtschaft verloren. In der Folge gestaltete sich die betriebswirtschaftliche Si-

¹⁷ Sankt-Galler Geschichte 2003, 31.

¹⁸ Thürer, 502. Kursivsetzung bereits im Original vorhanden.

¹⁹ Vgl. „Bundesblatt“ vom 9. Oktober 1922, Band III, 354.

²⁰ Teuerung, gefunden am 10.2.2014 unter <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/05/02/blank/data.html>.

²¹ Statistisches Bureau des eidg. Departements des Inneren; Volkszählungen 1910, 1930 und 1941.

²² Sankt-Galler Geschichte 2003, 22.

tuation für zahlreiche Landwirtschaftsbetriebe als äusserst schwierig²³. Bei vielen Bauernbetrieben öffnete sich eine Schere mit sinkenden Erträgen und gleichzeitig steigenden Kosten. Die typischen Kleinbauernfamilien lebten daher in „äusserst bescheidenen Verhältnissen“.²⁴ Trotz der damals anhaltenden Industrialisierung und des fortschreitenden Strukturwandels war der primäre Sektor Mitte der 1920er-Jahre für die kantonale Volkswirtschaft immer noch von tragender Bedeutung: Knapp jede vierte erwerbstätige Person war beruflich in der Landwirtschaft tätig.

Die damaligen Hypothekarzinsen bewegten sich zwischen 4,35 (1908) und 5,40 Prozent (1925).²⁵ Zwischen 1919 und 1929 betrug das Zinsniveau mindestens 5 Prozent pro Jahr. Ausgelöst durch die allgemeine Teuerungswelle war der Anstieg der Hypothekarzinsen nur eine logische Folge. Da die Höfe der selbstständig erwerbenden Bauern verschuldet waren, spürten sie die erhöhten Kosten nicht nur beim Erwerb von Konsumgütern, sondern auch bei den eigenen Finanzierungskosten für ihre Hypotheken. So wundert es nicht, dass das Klima im bäuerlichen Milieu seit den späten 1920er-Jahren gereizt bis explosiv war.²⁶ Und wie bei der Stickereiindustrie musste der Staat zu Hilfe eilen: Am 7. September 1928 beschloss der Bundesrat mit einem dringlichen Bundesbeschluss eine ausserordentliche Hilfe zur Milderung der Notlage in der schweizerischen Landwirtschaft.²⁷

3. Kriminologischer Kontext: Tötungsdelikte im Kanton St. Gallen

Zwischen dem 1. Januar 1900 und dem 31. Dezember 1925 wurden im Kanton St. Gallen insgesamt 74 Urteile über Tötungsdelikte ausgesprochen.²⁸ Dabei handelte sich um folgende Tatbestände: 27-mal vorsätzliche Tötung (Art. 130 StrG), 23-mal Kinds-mord (Art. 134 StrG), 20-mal Mord (Art. 133 StrG) und 2-mal Körperverletzung mit tödlichem Ausgang. Bei Mord als Tatbestand ergibt sich ein kantonales jährliches Mittel von 0,77 Morden. Bezogen auf die mittlere Wohnbevölkerung des Kantons St. Gallen resultiert daraus eine statistische Wahrscheinlichkeit von 0,26 Morden pro 100'000 Einwohner und Jahr. Mord war im untersuchten Zeitfenster ein relativ seltener Tatbestand. Damit erklärt sich bis zu einem gewissen Grad die erhöhte Aufmerksamkeit, die dieser Straftatkatégorie in der damaligen Tagespresse beigemessen wurde.

IV. Auswählte Vertiefungspunkte der Strafuntersuchung

1. Angehrns Grundstückskäufe

Dem Liegenschaftsverkauf von Peter an Angehrn muss eine zentrale Bedeutung beigemessen werden. Wie aus

Angehrns Biografie hervorgeht, war er als Käufer von Immobilien kein unbeschriebenes Blatt. Vielmehr besass er eine ansehnliche Erfahrung in diesem Metier. In den 15 Jahren, bevor er Peters Liegenschaft erwarb, hatte Angehrn insgesamt deren fünf gekauft bzw. diese wieder verkauft. In den damaligen Ermittlungen und Zeugenbefragungen nehmen deshalb diese Transaktionen und deren finanzieller Kontext eine prominente Stellung ein – insbesondere als mögliches Motiv oder auslösendes Moment für die Tat. Die Ausführungen stützen sich vornehmlich auf drei Quellen: auf Verhör- und Zeugenaussagen sowie auf Kopien von Handänderungsprotokollen und Kaufverträgen.

Den elterlichen Bauernhof in Wilen-Gossau übernahm Angehrn kurz nach seiner Hochzeit am 21. September 1909 käuflich von seinem Vater. Angehrn hatte dort bereits seit seiner Geburt im Jahr 1882 gelebt. Der damalige Kaufpreis belief sich auf 57'000 Franken. Das Grundstück umfasste ein Wohnhaus und eine Scheune sowie mehrere Parzellen mit Wiesen, Ackerland und Waldflächen. Die ausgewiesene Gesamtfläche aller Parzellen betrug im Total rund 9,7 Hektaren. Die Finanzierung erfolgte erstens durch die Übernahme von drei bestehenden Schuldbriefen im Umfang von 42'000 Franken. Zweitens wurde für die weiteren 15'000 Franken ein grundpfandgesicherter Schuldversicherungsschein zugunsten des Verkäufers bzw. der drei Töchter von Angehrns Vater ausgestellt. Alle Kredite waren zu verzinsen. Zudem erwarb Angehrn von seinem Vater Mobiliar und Vieh für weitere 12'000 Franken. Auch dieser Kauf wurde grösstenteils über einen weiteren Schuldschein – sprich: einen Kredit – abgewickelt.

Am Abend des 10. Februars 1912 brannte Angehrns Scheune vollständig ab. Er liess diese neu aufbauen und erhielt dafür von der Versicherung 5'797 Franken. Im Zuge der Abklärungen anlässlich der Tötung von Karl Peter rollte der Untersuchungsrichter diesen Schadenfall nochmals im Detail auf. Insbesondere interessierte ihn, ob Angehrn dabei ein Verschulden traf oder gar Brandstiftung vorlag. Hier ergaben sich jedoch keine neuen oder gar belastenden Erkenntnisse. Angehrn verkaufte den elterlichen Hof am 17. Februar 1914. Der Kaufpreis betrug 67'000 Franken. 1912 hatte Angehrn die hypothekarische Schuld auf seinen Hof um weitere 10'000 Franken erhöht. Da der Käufer seines Hofes nun sämtliche auf der Liegenschaft lastende Schuldbriefe im Ausmass von 67'000 Franken übernahm, floss bei dieser Transaktion kein Bargeld an Angehrn.

Am 29. Mai 1917 erwarb Angehrn für 25'000 Franken einen Bauernhof in der Gemeinde Oberbüren. Dazu übernahm er Schuldbriefe über 21'900 Franken. Zusätzlich zu einer Barzahlung von 2'000 Franken verpflichtete er sich, eine zu verzinsende Grundpfandverschreibung einzugehen. Neben den Gebäuden umfasste das Grundstück 4,4 Hektaren Wiesland und verfügte über einen „Holzboden“. Noch im selben Jahr kaufte Angehrn vom „Güterspekulant“ Moritz Rosenthal eine Wiese mit 4'029 Quadratmetern für einen Betrag von 2'000 Franken. Er bezahlte 500 Franken in bar und für den Rest wurden erneut Schuldbriefe ausgestellt. Der Zinssatz betrug 5 Pro-

²³ Sankt-Galler Geschichte 2003, 24.

²⁴ Sankt-Galler Geschichte 2003, 30.

²⁵ Schweizerische Nationalbank, Historische Zeitreihen, Zinssätze und Renditen, Zürich 2007.

²⁶ St. Galler Geschichte 2003, 24.

²⁷ „Bundesblatt“ vom 7. September 1928, Band II, 465 ff.

²⁸ Amtsberichte des Regierungsrates St. Gallen, div. Jahrgänge. Vgl. zu statistischen Analysen im Kontext von historischen Kriminalfällen bei Schwerhoff, 48 f.

zent. Bereits am 5. April 1918 verkaufte er dieses Grundstück zusammen mit dem Bauernhof wieder zu einem Gesamtpreis von 30'000 Franken. Der „Uebererlös“ von 5'500 Franken – nach Abzug der Hypothekarschulden vom Gesamterlös – erhielt Angehrn damals bar ausbezahlt. Folglich machte er bei dieser Transaktion einen Kapitalgewinn von 3'000 Franken.

Knapp eine Woche später, am 10. April 1918, erwarb Angehrn den nächsten Hof, der sich ebenfalls in der Gemeinde Oberbüren befand. Er bezahlte insgesamt 27'500 Franken, wobei Barmittel von 2'300 Franken flossen. Auch hier übernahm er bestehende Schuldbriefe, und zusätzlich wurde eine neue Schuldverschreibung zugunsten der Verkäuferin etabliert. Am 14. Juni 1919 trennte er sich von diesem Bauernhof. Er veräusserte ihn für 32'000 Franken. Da er in der Zwischenzeit die Hypothekarverschuldung weiter erhöht hatte, erhielt Angehrn trotz eines vordergründigen Kapitalgewinns von 4'500 Franken effektiv nur 2'300 Franken ausbezahlt.

Am 4. November 1919 kaufte Angehrn erneut eine Liegenschaft. Der Hof befand sich in Neudorf, das zur Gemeinde Gossau gehört. Er zahlte dafür einen Preis von 35'400 Franken, davon 5'400 Franken in bar. Für den Restbetrag übernahm er nach dem altbekannten Muster sowohl bestehende als auch neue Schuldbriefe. Einen Tag vor seiner Verurteilung am 17. Juni 1925 thematisierte Angehrn diesen Kauf im Rahmen eines von ihm gewünschten Verbalprozesses mit dem Staatsanwalt. Dort brachte er zum Ausdruck, dass er der Meinung sei, er habe damals 10'000 Franken zu viel für diesen Hof bezahlt. Doch diese subjektive Einschätzung erscheint nach einem Blick in den Kaufvertrag wenig plausibel: Beim Kauf lasteten bereits Schuldbriefe in der Höhe von 26'000 Franken auf dem Grundstück; bei einem angenommenen Kaufpreis von nur 25'400 Franken wären diese nicht vollständig gedeckt gewesen.

Am 7. Juni 1921 verkaufte Angehrn 118 Quadratmeter von seinem Grundstück zu einem Gesamtpreis von 425 Franken. Der Erlös wurde ihm bar ausbezahlt. Am 20. März 1922 wechselte das gesamte übrige Grundstück zu einem Preis von 34'000 Franken die Hand. Unter dem Strich erhielt Angehrn 4'000 Franken bar ausbezahlt. Letztlich resultierte für ihn ein Verlust von 975 Franken.

Anfang Mai 1922 kaufte Angehrn in der Gemeinde Waldkirch einen nächsten Hof. Der ausgehandelte Kaufpreis belief sich auf 62'000 Franken, wobei Angehrn nur 600 Franken an Barmitteln einzubringen hatte. Neben dem Wohnhaus und einer Scheune umfasste das Grundstück insgesamt knapp 7,5 Hektaren mit Wiesenflächen. Angehrn soll in dieser Zeit in „sehr ärmlichen Verhältnissen gelebt haben, und er war stets in Zahlungsschwierigkeiten“.

Dieser Liegenschaftsverkauf entpuppte sich für Angehrn als Stolperstein der besonderen Art. Auch nach der Einschätzung seines Schwagers war es „ein verzwickter Handel“. „Er fiel hinein“. Worin bestand die Krux? Vom Verkäufer Johann Wildhaber übernahm Angehrn drei Schuldbriefe und vier Grundpfandverschreibungen über einen Gesamtbetrag von 61'400 Franken. Beim Verkauf

der Liegenschaft hatte der Verkäufer noch nicht alle seine fälligen Zinszahlungen beglichen.²⁹ In der Folge wurde ein Zahlungsbefehl gegen den Verkäufer erlassen. Im Protokoll der Kantonspolizei wurde fälschlicherweise postuliert, dass der Zahlungsbefehl³⁰ Angehrn betraf. Es ging dabei um offene Zinszahlungen über 2'700 Franken.³¹

Am 5. Januar 1923 wurde im „Amtsblatt des Kantons St. Gallen“ die Versteigerung der Liegenschaft angekündigt.³² Dort figurierte der ursprüngliche Verkäufer der Transaktion in Waldkirch als Schuldner. Angehrn selbst wurde als Drittpfand Eigentümer aufgeführt. Am 19. Februar 1923 um 14:00 Uhr fand die Zwangsversteigerung in der Wirtschaft „Zum Adler“ in Bernhardzell statt. Bei dieser Gant wurde ein Marktwert von 60'000 Franken erzielt, wobei der Schätzwert bei 56'000 Franken angesetzt war.³³ Käufer war Werner Wettach, einer der Gläubiger und Inhaber einer einschlägigen Grundpfandverschreibung. Zur jener Zeit stammten die grundpfandgesicherten Hypothekarkredite oftmals von Privatpersonen und noch nicht von Banken. Das erklärt auch den wichtigen Stellenwert von Bürgschaften nach Art. 492 ff. im damaligen Schweizer Obligationenrecht (aOR).³⁴

Die letzte Liegenschaft, die Angehrn vor der Tat erworben hatte, war jene in Häggenschwil, wo auch das spätere Verbrechen stattfand. Vom Zeitpunkt, an dem Angehrn Kenntnis von der Existenz dieser Liegenschaft gewann, bis zum Abschluss des Kaufvertrages vergingen nur drei Tage. Schon am 9. Oktober 1924 um 17 Uhr unterschrieben die Parteien den Kaufvertrag im Beisein des Gemeinderatsschreibers der Gemeinde Häggenschwil. Neben dem Wohnhaus standen auf dem Hauptgrundstück eine Scheune sowie ein „Schopf“.³⁵ Das Kaufobjekt setzte sich aus vier nicht zusammenhängenden Grundstücken mit insgesamt 5,93 Hektaren Wiesenfläche und 1,88 Hektaren Wald zusammen. Aus dem damaligen Kaufvertrag lässt sich abermals die Struktur der Finanzierung herleiten: Neben bestehenden Schuldbriefen über 33'000 Franken sollte ein weiterer Schuldbrief über 12'000 Franken ausgestellt werden. Der Rest sollte als Barzahlung in zwei Tranchen erfolgen. Bei der Fertigung wären 10'000 Franken fällig gewesen, und bei der geplanten Übernahme der Liegenschaft am 1. April 1925 sollten weitere 4'000 Franken bezahlt werden. Insbeson-

²⁹ Nach Angehrns Erinnerung soll es sich um ausstehende Hypothekarzinsen über drei Jahre gehandelt haben.

³⁰ In den Ausgaben des „Amtsblattes des Kantons St. Gallen“ (Jahrgänge 84 [1909] bis 98 [1923]) findet sich für die relevante Dauer von Angehrns Leben keine Publikation eines Zahlungsbefehls im Kanton St. Gallen gegen ihn selbst. In Tat und Wahrheit wurde er nie betrieben. Angehrn bestätigt denn in einem Verhör auch selbst, dass er in dieser Sache nicht betrieben wurde.

³¹ Sein Schwager sprach demgegenüber von 5'000 Franken.

³² „Amtsblatt des Kantons St. Gallen“, 98. Jahrgang, Ausgabe vom 5. Januar 1923, 20 f.

³³ Dieser Kaufpreis beinhaltete ebenfalls das „tote landwirtschaftliche Inventar“. Zu allem Übel musste Angehrn zusätzlich noch für eine ausstehende Rechnung für Elektroinstallationen, die ebenfalls an den Käufer gerichtet war, gerade stehen.

³⁴ Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911.

³⁵ Angehrn erhielt zudem ausgewähltes Zugehör sowie Kartoffeln und Most. Steht schweizerisch mundartlich für Schuppen.

dere die erste Barzahlung besass ein Niveau, das Angehrn bei seinen bisherigen Käufen bei Weitem nicht erreicht hatte. Es resultierte ein Kaufpreis von 59'000 Franken.

Bei der anschliessenden Untersuchung war die Höhe des fixierten Kaufpreises immer wieder ein zentrales Thema. Die Arbeitshypothese lautete, dass Angehrn die Liegenschaft von Karl Peter überzahlt habe. Am 4. Dezember 1924 forderte der Untersuchungsrichter von der Gemeinderatskanzlei Häggenschwil zwei Kaufverträge an: erstens eine Abschrift von Peters ursprünglichem Kaufvertrag aus dem Jahr 1923, den er mit dem Voreigentümer abgeschlossen hatte, und zweitens eine Abschrift von dessen Verkaufsvertrag, den Angehrn ebenfalls unterzeichnet hatte. Insbesondere interessierte sich der Untersuchungsrichter dafür, ob die Kaufpreise mit oder ohne Viehbestand zu verstehen seien. Schliesslich forderte er die dortigen Gemeindevertreter auf, sich zur Höhe des verbrieften Kaufpreises von 59'000 Franken zu äussern.

Der damalige Gemeinderatsschreiber von Häggenschwil bestätigte zum einen, dass beide Handänderungen ohne Viehbestand zu verstehen seien. Zum anderen findet sich in einer Aktennotiz an die Untersuchungsbehörden die folgende Passage: „Unseres Erachtens hat Joh. Angehrn diese Liegenschaft mehrere tausend Franken zu teuer angekauft.“ Eine Begründung für diese Einschätzung blieb der Gemeinderatsschreiber aber schuldig. Eine andere Einschätzung dazu hatte der durch das Provisionsgeschäft intensivisierte Immobilienhändler Ammann-Rüegg: Er taxierte den Kaufpreis auf Nachfrage des Untersuchungsrichters als „ein rechter Preis, aber von einer Ueberforderung kann nicht gesprochen werden. Peter hat viele 1000 Franken aufgewendet, er sprach von 7000–8000 Franken“. Karl Peters Nachbar Johann Schwizer schliesslich schätzte anlässlich seiner Befragung als Zeuge den fraglichen Kaufpreis als hoch ein.

Aus den vom Untersuchungsrichter angeforderten Akten geht zudem hervor, dass der Verkäufer, Karl Peter, die Liegenschaft erst 18 Monaten zuvor, nämlich am 2. März 1923, für 44'000 Franken gekauft hatte. Anschliessend tätigte Peter verschiedene Investitionen, die von mehreren Zeugen bestätigt wurden. Auch erwarb er wenige Tage vor dem Verkauf an Angehrn ein weiteres Grundstück (Grundstück „Schiess“), das er ebenfalls an Angehrn veräusserte. Weitere Anhaltspunkte zur Beurteilung sollte einerseits der Steuerwert der Liegenschaft vom Oktober 1924 liefern, der bei rund 50'000 Franken lag, sowie andererseits der Gebäudeversicherungswert, der im Oktober 1924 von 15'200 Franken auf 18'800 Franken erhöht wurde. Trotz dieser Angaben und auch im Quervergleich mit den übrigen Grundstückstransaktionen lässt sich letztlich nicht schlüssig sagen, ob und – wenn ja – in welchem Ausmass die fragliche Liegenschaft überteuert war. Vielmehr darf vermutet werden, dass sich der fixierte Kaufpreis innerhalb einer üblichen Bandbreite bewegte.

Da es sich um Kauftransaktionen von Grundstücken handelt und dafür auch damals erhöhte Formvorschrif-

ten galten (Art. 216 Abs. 1 aOR), waren sie lückenlos dokumentiert und für die Behörden leicht zugänglich. Die Untersuchungsbehörden sammelten zwar viele brauchbare Informationen, werteten diese aber anschliessend nicht systematisch aus. Auch finden sich im analysierten Dossier keine Hinweise, dass beispielsweise ein Gutachter für die Klärung der Frage nach dem „richtigen“ Marktwert der Liegenschaft beigezogen worden wäre. Rückblickend lässt sich dazu Folgendes festhalten:

Die von Angehrn erworbenen Bauernhöfe wurden mehrheitlich mit sehr dünnen Eigenkapitaldecken, die weniger als 10 Prozent des Kaufpreises betrugen, betätigt. Wie bereits den elterlichen Hof finanzierte Angehrn auch die übrigen Liegenschaften schwergewichtig mit Fremdkapital, das damals marktgerecht zwischen 4 und gut 5,4 Prozent zu verzinsen war. Die Bauernhöfe wurden faktisch durch die Übergabe von bestehenden Hypothekarkrediten verkauft. De facto besass Angehrn zwischen 1909 bis 1924 in keiner Phase Eigenkapital in einem nennenswerten Ausmass. Durch die laufende Aufnahme von Schuldverschreibungen während seiner jeweiligen Besitzdauer betrieb er vielmehr eine nicht nachhaltige Schuldenwirtschaft, die darauf basierte, dass er das fragliche Objekt zu einem späteren Zeitpunkt zu einem höheren Preis wieder veräussern konnte. Kommt hinzu, dass das Ertragspotenzial der Objekte bei einem angenommenen mittleren Ertrag von 270 Franken pro Hektare³⁶ und Jahr nur knapp gereicht haben dürfte, um dem notwendigen Schuldendienst nachzukommen. Eine Amortisation der Hypothekarschulden war aufgrund der angespannten finanziellen Einkommenssituation und der aufgelaufenen Schuldzinsen wenig realistisch.

Mit dem skizzierten Muster, einem finanziellen Von-der-Hand-in-den-Mund-Leben, war Angehrn zur damaligen Zeit aber kein Einzelfall, sondern er dürfte damit vielmehr ein typischer Repräsentant des hiesigen Bauernstandes gewesen sein. Man sprach daher treffend auch von sogenannten Schuldenbauern.³⁷ So betrug die Verschuldung pro Hektare Kulturfläche im Jahr 1924 im Schweizer Mittel satte 3'153 Franken. Um die vorletzte Jahrhundertwende wurde noch eine solche von 2'675 Franken in den Statistiken registriert.³⁸

Neben generell schwierigen und sich stetig verschärfenden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ab dem Ende des Ersten Weltkrieges paarte sich im Fall von Angehrn sein kaufmännisches Unvermögen mit ungeschickten³⁹ und teilweise überhasteten Entscheidungen – und letztlich auch noch mit Pech. Die analysierten Dokumente zur finanziellen Situation lassen den begründeten Schluss zu, dass Angehrn, als er Anfang Oktober 1924 den Kaufvertrag mit Karl Peter unterzeichnete, gar kein oder nur ein marginales Eigenkapital besass und auch keine ernsthafte Aussicht auf kurzfristigen finanziellen Zufluss zu erwarten hatte. Zu seinen Beweggründen, das Geschäft mit Karl Peter trotzdem abschliessen zu wollen, fanden

³⁶ Volkswirtschaftsdepartement des Kantons St. Gallen, 1928, 20 ff.

³⁷ Sankt-Galler Geschichte 2003, 24.

³⁸ Statistisches Jahrbuch der Schweiz, 1925, 105.

³⁹ Sein Schwager sprach in der Zeugenbefragung von „dummen Händeln“.

sich nach der Durchsicht des Dossiers keine Hinweise. Die involvierten Behörden untersuchten diesen Aspekt also offenbar nicht. Aufgrund der damals lückenlosen und detaillierten Recherchen lässt sich schlüssig rekonstruieren, dass nicht der effektiv oder auch nur vermeintlich zu hohe Kaufpreis für den Hof in Häggenschwil Angehrn zunehmend und stark belastete, sondern vielmehr die gänzlich fehlende Kapitalbasis für einen solchen Kauf.

Die Kantonspolizei und die Untersuchungsbehörden ermittelten zwar fundiert und professionell im richtigen Themenfeld. Sie zogen jedoch rückblickend betrachtet nur bedingt die naheliegenden Schlussfolgerungen daraus. Eine Unschönheit in den spezifischen Recherchen besteht schliesslich darin, dass ein Kantonspolizist in einem von ihm verfassten Protokoll Angehrn eine Betreuung unterstellt, die de facto nicht stattgefunden hat.

Aus heutiger Sicht erinnert Angehrns praktizierte Finanzierungsstrategie für die getätigten Käufe der Bauernhöfe stark an diejenige vieler Amerikaner vor dem Ausbruch der Subprime-Krise in den USA bis Ende 2006: Steigende Immobilienpreise erlaubten eine stetige Erhöhung der eigenen Hypothekarverschuldung. Das bezogene Fremdkapital wurde aber nicht investiert, sondern zu laufenden Konsumzwecken verwendet.

Ob der daraus resultierende finanzielle Stress und ein entsprechendes Unwohlsein auch kausal sind für Angehrns mehrfach angeführten Drang, Karl Peter erschiessen zu wollen, lässt sich nicht schlüssig eruieren. Dass sich Angehrn in Anbetracht dieser wenig vorteilhaften, aber selbst verschuldeten Situation unwohl fühlte, ist hingegen leicht nachvollziehbar und auch aktenkundig. Unter einem Rücktritt vom letzten Kauf in Häggenschwil hätte seine Glaubwürdigkeit als Geschäftspartner wohl stark gelitten. So erstaunt es denn auch nicht, dass er sich nach der Unterzeichnung des Kaufvertrages unverzüglich und fieberhaft bemühte, die notwendigen finanziellen Mittel termingerecht zu beschaffen. Seine Bemühungen schlugen aber offensichtlich fehl.

Die dünne und strukturell angespannte finanzielle Situation im angehrnschen Haushalt widerspiegelt sich auch darin, dass Angehrn nachweislich während mehrerer Jahre weder auf einem eigenen Hof als Bauer noch als Pächter tätig war, sondern ein Auskommen als Tagelöhner oder als Knecht suchte. Die dabei ausgerichteten Löhne dürften kaum zum Überleben der bisweilen zehnköpfigen Familie ausgereicht, geschweige denn ein Sparen und damit die Bildung von Vermögen erlaubt haben. Angehrn dürfte sich daher mit seiner Familie finanziell permanent auf einem kritischen Pfad bewegt haben. Sinnbildlich steht dafür eine Erbschaft über 6'000 Franken, die Angehrn 1922 antreten konnte. Fast die Hälfte davon musste er zur Begleichung ausstehender Schuldzinsen sofort wieder abgeben.

2. Dialekt in Zeugenbefragungen und Verhören

Neben dem Einholen von schriftlichen Informationen bildeten Zeugenverhöre und Verhöre mit dem Angeklagten die eigentliche Hauptinformationsquelle für den

Untersuchungsrichter. Insgesamt wurden 25 Zeugenverhöre und 17 Verhöre mit dem Angeklagten schriftlich protokolliert. Während die kürzesten Protokolle nur wenige Zeilen umfassten, erstreckten sich die längsten Protokolle über acht A4-Seiten. In 19 der insgesamt 25 Zeugenverhöre und in 14 von 17 Verhören des Angeklagten lassen sich Passagen nachweisen, die in Schweizer Dialekt festgehalten wurden. Insbesondere Verhöre mit Angehrn sind mehrheitlich durchgängig in Dialektsprache⁴⁰ abgefasst. In der nachfolgenden Tabelle findet sich eine Typologie, welche die Verwendung der Mundart in einem systematischen Rahmen widerspiegelt:

Typologie	Illustrationen
Einzelne Wörter	<ul style="list-style-type: none"> • „... «gfluechet» und dabei etwa gesagt: «Ihr Chrüzchöge»...”; „... geflucht und dabei etwa gesagt «Ihr Chrüzchöge» [Kraftausdruck]...” • „... Wege de Riebereie ...”; „wegen Streitigkeiten“
Teilsätze	<ul style="list-style-type: none"> • „Den Drang, den Peter zu «verschüsse», habe ich bekommen, weil Peter sagte, er «nahm mer s’Hemp vom Födle weg», (...)” • „Den Drang, den Peter zu erschiessen, habe ich bekommen, weil Peter sagte, er wolle mir mein Hemd vom Hintern wegnehmen, (...)“ • „Angehrn habe so «spässig» dreingeschaut und «hei e chli de Zitterli gha». „Angehrn schaute eigenartig aus und er zitterte“.
Einzelne ganze oder mehrere Sätze in einem Abschnitt	<ul style="list-style-type: none"> • „Lüge chan i wie trockt, das mues i säge”. („Lügen kann ich wie gedruckt“).* • „E chli en Geldma gsi ist”. („Er war ein Geldmensch“). • „S Gwösse het mi ploget”. („Das Gewissen quälte mich“).

* Der Angeklagte galt als notorischer Lügner. Mit diesem Satz bestätigt er diese Eigenschaft während einem der zahlreichen Verhöre.

Die Durchführung von Zeugenbefragungen und Verhören von Angeschuldigten war in Art. 75 ff. StrP umfassend geregelt. Alle Befragungen waren schriftlich zu protokollieren (Art. 75 StrP). Standardmässig waren zu Beginn folgende Angaben notwendig: Ort und Zeit, Namen der anwesenden Beamten, Grund des Verhörs sowie Angaben zum Verhörten. Dazu zählten weiter Vor- und Nachnamen, Heimat, Wohnort, Alter (Geburtsdatum), Beruf und Konfession (Art. 77 Abs. 1 StrP). In casu wurden aber nur die Geburtsjahre aufge-

⁴⁰ Vgl. dazu Habermas, 40.

führt. Auf das Recht, die Aussage zu verweigern (Art. 81 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 StrP), verzichteten alle potenziell möglichen Kandidaten. Namentlich waren es Angehrns Ehefrau, seine beiden befragten Schwestern, sein Schwiegervater sowie sein Schwager.

Die Gesprächsleiter waren weiter angehalten, geeignete Fragen zu stellen, um Unklarheiten, Unvollständigkeiten oder Widersprüche zu beseitigen (Art. 77 Abs. 2 StrP). Auch die Verwendung von Dialekt war im einschlägigen Gesetz vorgesehen und geregelt. Dabei wurde den Behörden bei der Protokollierung ein Ermessensspielraum eingeräumt: „Die Einvernahmen sollen genau und tunlichst mit den Worten des Verhörten und, soweit es zur Verständlichkeit nötig ist, im Dialekt zu Protokoll genommen werden“ (Art. 78 Abs. 1 StrP.). Es war also offensichtlich erlaubt, bei Bedarf mehr oder weniger häufig Passagen in Dialektsprache im schriftlichen Protokoll festzuhalten.

Ob die fraglichen Passagen Authentisches oder Tendenziöses widerspiegeln, lässt sich nicht rekonstruieren. Sicher ist aber ihre bewusste oder eben unbewusste Wirkung im Rahmen des aus den Kommunikationswissenschaften bekannten „Framing“-Effekts: Dieselben Sachverhalte können mit identischem Inhalt je nach gewählter Formulierung beim Empfänger unterschiedlich wirken.⁴¹ Schliesslich lässt sich die Hypothese in den Raum stellen, dass die Intensität des Protokollierens im Dialekt wohl auch von den sprachlichen Fähigkeiten des jeweiligen Protokollführers abhing.

Die Protokollierung unter Verwendung von Dialekt bildete im „Fall Angehrn“ fast die Regel und nicht die Ausnahme. So lassen sich je nach Zählweise selbst ohne Angehrns Verhöre über 150 entsprechende Textpassagen aus den Protokollen herausfiltern. Der eingeräumte Ermessensspielraum wurde von den Behörden also intensiv beansprucht.

Ausser der vorgestellten Typologie lässt sich dabei jedoch keine Systematik bei der Anwendung des Ermessensspielraums erkennen. Werden die einschlägigen Passagen in ihrem Kontext beurteilt, zeigen sich immerhin typische Konstellationen: erstens bei emotionalen Schilderungen wie „Er nähm mer's Hemp vom Födle“, zweitens bei nur schwer ins Hochdeutsche übersetzbaren Wörtern wie z. B. „Güllichaschte“ (Jauchegrube) oder „hei e chli de Zitterli gha“ (jemand, der zittert) und drittens bei stehenden Begriffen wie „Holzbode“ (Schuhe mit hölzerner Sohle; vgl. „Schweizerisches Idiotikon“, Digital-Band VIII, 478).

Die Kraft der Dialektpassagen zeigt sich insbesondere darin, dass sich ausgewählte Sätze wie rote Fäden vom Verhör über die Anklageschrift und das Urteil bis hin zu den Pressemeldungen durchziehen. Sie geniessen mitunter einen Wiedererkennungseffekt wie einprägsame Werbeslogans. Das Integrieren von Dialektpassagen in auf Hochdeutsch verfasste Texte lässt sich auch in der zeitgenössischen Belletristik nachweisen. So setzte sie der Schweizer Schriftsteller Friedrich Glauser in seinem Kri-

minalroman „Die Speiche“, dessen Handlung in der Ostschweiz in den 1930er-Jahren angesiedelt ist, gekonnt als stilistisches Mittel ein.

V. Staatsanwaltschaft und Kantonsgericht

1. Verfahrensrechtliche Aspekte

Das rechtliche Herzstück für das Untersuchungs- und das Gerichtsverfahren bildete das revidierte Gesetz über die Strafrechtspflege bei Verbrechen und Vergehen vom 27. Februar 1912. Die Organe wurden dort in Art. 1 Ziff. 1 bis 9 StrP explizit und abschliessend festgehalten. Neben der Kantonspolizei und den Untersuchungsbeamten waren im untersuchten Fall die Staatsanwaltschaft, der öffentliche Verteidiger, die Anklagekammer sowie das Kantonsgericht involviert. Die Organisation und Zuständigkeit der Gerichte im Kanton St. Gallen waren im Gesetz betreffend die Gerichtsorganisation vom 1. März 1867 festgehalten. Dort findet sich mit Art. 59 eine umfassende Verweisnorm auf das Gesetz zur Strafrechtspflege. Der operative Ablauf vor Gericht selbst erfolgte nach den Art. 127 bis 149 StrP.

2. Chronologie bis zum Prozess

Der Untersuchungsrichter reichte seinen Bericht bei der Staatsanwaltschaft nach den Bestimmungen von Art. 99 StrP am 17. April 1925 ein. Anfang Mai 1925 übergab der leitende Staatsanwalt den Fall zusammen mit seiner Leistungsschrift zur kriminellen Beurteilung der Anklagekammer. Die rechtliche Grundlage dazu bildete Art. 102 Abs. 2 StrP. Am 4. Mai 1925 wurde der öffentlich bestellte Verteidiger vom Sekretär der Anklagekammer aufgefordert, seine materielle Vernehmlassung abzugeben. Dieser Schritt stützte sich auf Art. 103 Abs. 1 StrP ab. Die angesetzte Frist betrug drei Tage. Am 12. Mai 1925 verfügte der Präsident der Anklagekammer, dass Angehrn gemäss Art. 133 StrG, Art. 35 StrG sowie Art. 36 Abs. 2 StrG (Berücksichtigung Geständnis) anzuklagen und dem Kantonsgericht zur Beurteilung zu überweisen sei („Anklagedekret“ nach Art. 111 StrP). Die Anklage lautete auf Mord, der mit 16 Jahren Zuchthaus zu bestrafen sei. Bereits einen Tag später überwies der Staatsanwalt das gesamte Dossier an das Kantonsgericht mit dem Hinweis nach Art. 121 StrP, dieses der Verteidigung rechtzeitig zur Kenntnis zu bringen. Zwischen dem 15. Mai und 12. Juni 1925 fand zwischen dem damaligen Präsidenten des Kantonsgerichts und Dr. H. Schiller, einem Mitverfasser eines psychiatrischen Gutachtens über Angehrn, ein Briefwechsel statt. Der Psychiater wurde in der Folge als Experte zum Prozess vorgeladen.

Nur einen Tag vor dem Prozess am St. Galler Kantonsgericht, also am 16. Juni 1925, verlangte Angehrn ein Gespräch mit dem Staatsanwalt. Sie unterhielten sich eine Stunde. Er gab Folgendes zu Protokoll: „(...) Er habe gestern nicht die Wahrheit gesprochen, als er dem unterzeichneten Staatsanwalte gesagt habe, der Liegenschafts-kauf spiele in der ganzen Geschichte keine Rolle. Er müsse das dahin richtigstellen, dass der Liegenschafts-kauf nicht alleine zur Tat geführt habe. Die vielen Missgeschicke der letzten Jahre (...), dann das Verschweigen

⁴¹ Z.B. „Das Glas ist halbvoll“ versus „Das Glas ist halbleer“.

dreijähriger Hypothekarzins schulden durch den Verkäufer einer Liegenschaft in Unterhub, was schliesslich die Liegenschaft auf die Gant gebracht habe, auch sein ungenügender Verdienst als Tagelöhner für die 8 Kinder und die Frau hätten ihn allmählig in einen Zustand hochgradiger Nervosität und Reizbarkeit gebracht (...). Die Erkenntnisse daraus wurden in der Urteilschrift prominent behandelt. Dieses letzte Verhör beeinflusste denn auch nachweislich das Urteil des Kantonsgerichts.

3. Rolle der Verteidigung

Da der Angeklagte offensichtlich mittellos war, wurde ihm aufgrund von Art. 7 StrP ein öffentlicher Verteidiger zugewiesen. Der damals vom Grossen Rat des Kantons St. Gallen ernannte öffentliche Verteidiger war Advokat Dr. Walter Härtsch aus St. Gallen.⁴² Er intervenierte im Vorfeld des Strafprozesses am 7. Mai 1925 schriftlich in Bezug auf die im psychiatrischen Gutachten gemachten Aussagen. Er stellte mehrere spezifische Fragen zuhänden der Experten. Insbesondere verlangte er von ihnen klärende Erläuterungen. Weiter behielt er sich das Recht vor, sich allenfalls erstens auf Art. 23 StrG (Strafbarkeit der Handlung ist ausgeschlossen) zu berufen. Zudem wollte er bei Bedarf die beiden Psychiater vor Gericht zitieren oder ein Obergutachten verlangen. Dieser Antrag wurde am 8. Mai 1925 an das Präsidium der Anklagekammer weitergeleitet. Dort wurde entschieden, dass diese Fragen der Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten, herrührend aufgrund des diagnostizierten Leidens an Epilepsie am Prozess selbst erörtert werden sollten.

Ausser des Antrags des öffentlichen Verteidigers, der Angeklagte „sei milde zu beurteilen“, finden sich im gesamten Dossier keine weiteren Spuren des Verteidigers. Weder lassen sich Indizien eruieren, die dafür sprechen würden, dass er bei Verhören mit Angehörn präsent war, noch dass er sich mit ihm bilateral ausgetauscht hatte. Gemäss Art. 135 StrP hatte er bei der Gerichtsverhandlung selbst zumindest die Möglichkeit für eine kurze Replik.

VI. Urteilsanalyse und -kritik

1. Elemente des Urteilspruchs

Die formellen und prozessualen Vorgaben zum Urteil waren in Art. 150 bis 161 StrP festgeschrieben. Am 17. Juni 1925 verurteilte das Kantonsgericht St. Gallen den wegen Mordes angeklagten Angehörn zu einer Zuchthausstrafe von 16 Jahren. Die damaligen Richter folgten mit ihrem Urteil uneingeschränkt den Anträgen der Staatsanwaltschaft, sowohl bezüglich der rechtlichen Qualifikation der Straftat selbst als auch hinsichtlich des geforderten Strafmasses. Der Staatsanwalt forderte, dass der Angeklagte des Mordes unter Annahme mildernder Umstände zu einer Zuchthausstrafe von 16 Jahren zu verurteilen sei. Im „Fall Angehörn“ beinhaltet das Urteil drei Elemente:

1. Der Angeklagte wird des Mordes schuldig erklärt und zur Zuchthausstrafe von 16 Jahren verurteilt.

2. Nach der Verbüssung der Strafe ist der Angeklagte im Sinne von Art. 161 Abs. 2 StrP zur allfälligen Versorgung dem Regierungsrat zu überweisen.

3. Die Kosten der Untersuchung, Verpflegung und Beurteilung: Gerichtsgebühr Franken 150.–, Amtsklage Franken 60.–, Verteidigung Franken 40.–, sowie die Kosten der Expertenbefragung von Franken 43.75 hat der Angeklagte zu bezahlen.

Schliesslich ging Angehörn mit seiner Verurteilung automatisch seiner Bürgerrechte (Art. 5 lit. b Punkt 5 und 6 und Art. 14 und Art. 15 StrG) zumindest vorübergehend verlustig.

2. Qualifikation der Straftat als Mord

Die Straftatbestände im Zusammenhang mit der Tötung eines Menschen waren im damaligen St. Galler Strafgesetz in den Art. 127 bis 134 StrG festgehalten. Aufgrund des Sachverhaltes konnte das Kantonsgericht von sieben möglichen Verbrechen deren fünf a priori ausschliessen: Die fahrlässige Tötung (Art. 128 StrG), die Tötung durch Vernachlässigung oder Unachtsamkeit bei der Ausübung eines medizinischen Berufs (Art. 129 Abs. 2 StrG), die Körperverletzung mit tödlichem Ausgang (Art. 131 StrG), die gemeingefährliche Vergiftung mit tödlichem Ausgang (Art. 132 Abs. 3 StrG) sowie den Kindsmord (Art. 134 StrG). Zur Wahl standen „nur“ noch die vorsätzliche Tötung oder der Mord. In Art. 130 StrG, der in drei Absätze gegliedert war, wurde Erstere wie folgt definiert:

1. Vorsätzliche Tötung wird, wenn der Entschluss dazu in heftiger Gemütsaufregung gefasst oder ausgeführt wurde, als Totschlag mit Gefängnis oder mit Arbeitshaus oder mit Zuchthaus bis auf fünfzehn Jahre bestraft.

2. Mit der Freiheitsstrafe kann eine Geldstrafe bis auf Franken 10'000 verbunden werden.

3. Ist der Totschlag bei oder unmittelbar nach Ausübung eines Verbrechens oder Vergehens erfolgt, um sich vor der Entdeckung oder Festnahme oder Verfolgung oder gegen die Wegnahme widerrechtlich angeeigneten Gutes zu schützen, so tritt Zuchthausstrafe bis auf zwanzig Jahren ein.

Eine vorsätzliche Tötung wurde nach Art. 133 StrG bei der kumulativen Erfüllung von zwei Voraussetzungen als Mord qualifiziert.

Vorsätzliche Tötung wird, wenn der Entschluss dazu mit Überlegung gefasst und ausgeführt wurde, als Mord mit dem Tode bestraft.

Die Überlegungen der Richter zur Entscheidung zwischen vorsätzlicher Tötung und Mord fanden sich im schriftlichen Urteil bei den Ausführungen II. unter der tatsächlichen und rechtlichen Würdigung. Nach der Einschätzung des Kantonsgerichts waren beide Voraussetzungen für Mord zweifellos erfüllt. So seien beim Angeklagten weder vor noch während der Tat Anzeichen von heftigen Gemütsregungen auszumachen gewesen.⁴³ Aufgrund des gesichteten Aktenmaterials ist die Qualifikation

⁴² Vgl. Staatskalender des schweizerischen Standes St. Gallen. St. Gallen Juni 1925, 73. Er war damals im Kanton St. Gallen der einzige öffentliche Verteidiger für strafrechtliche Angelegenheiten.

⁴³ Vgl. dazu die rechtsvergleichenden Ausführungen von Stooss (Band 2), 3 ff.

on der Erschiessung von Karl Peter mit einem Jagdgewehr durch Angehrn problemlos und schlüssig nachzuvollziehen. Angehrn wirkte am Tag seiner Tat in jeder Phase und in jeder seiner Handlungen überlegt, kontrolliert und auch berechnend. In den Akten zum „Fall Angehrn“ finden sich zahlreiche Hinweise und Aussagen von Angehrn selbst, welche diese Einschätzung klar untermauern. Das Gericht hätte bei Bedarf problemlos auf weiteres einschlägiges Material zurückgreifen können.

3. Strafmass und -milderung

Mord galt als Verbrechen und war konsequenterweise als Kriminalstraftat zu bestrafen (Art. 5 lit. a und b StrG). Die Art der Bestrafung unterteilte sich in die Todesstrafe oder in Zuchthaus (Art. 5 lit. a StrG). Die Todesstrafe selbst war mittels eines Fallbeils in einem geschlossenen Raum vorzunehmen (Art. 6 StrG). Wurde eine Zuchthausstrafe verhängt, betrug diese mindestens 1 Jahr und maximal 20 Jahre (Art. 7 StrG). Letztere entsprach im Kanton St. Gallen einer lebenslänglichen Zuchthausstrafe.

Weder im Antrag der Staatsanwaltschaft noch im Urteil des Kantonsgerichts war die Verhängung der Todesstrafe ein Thema. Beide Organe sahen offenbar die Voraussetzung für eine grundsätzlich lebenslängliche Zuchthausstrafe als gegeben an. Obwohl eine Begründung für den Verzicht auf die Verhängung der Todesstrafe fehlt, erscheint der gefällte Entscheid der Richter sowohl im Lichte des Sachverhaltes (inklusive Angehrns Leben vor der Tat) als auch aufgrund seines – wenn auch äusserst selten auftretenden – Leidens an Epilepsie rückblickend betrachtet plausibel und nachvollziehbar. Statt der Todes- sollte eine Zuchthausstrafe zur Anwendung kommen.

In der revidierten Bundesverfassung von 1874 fand sich der Art. 65 aBV, in welchem gemäss Abs. 1 festgehalten war, dass die Todesstrafe abgeschafft worden sei. Ende der 1870er-Jahre brachte Ständerat Freuler aus Schaffhausen eine Motion ein,⁴⁴ nach der sich das Verbot der Todesstrafe nur auf politische Vergehen beschränken solle. In der Volksabstimmung vom 18. Mai 1879 wurde diese Verfassungsänderung angenommen. In der Folge führten acht Kantone, darunter auch der Kanton St. Gallen, die Todesstrafe wieder ein.⁴⁵ Die Gesetzesanpassungen vollzog der Kanton St. Gallen auf den 8. Jänner 1883.⁴⁶

In einem Nachtragsgesetz⁴⁷, das seit dem 1. Januar 1906 in Kraft war, wurde die Verhängung der angedrohten Todesstrafe differenziert. Darin wurde in Art. 1 postuliert, dass bei ausgewählten Straftaten, insbesondere auch bei Mord, statt der Todesstrafe eine lebenslängliche

Zuchthausstrafe ausgesprochen werden könne. Vorausgesetzt war allerdings, dass die einschlägige Tat „unter Umständen, insbesondere aus Motiven verübt worden ist, welche deren Strafwürdigkeit bedeutend vermindern“ (Art. 1 Abs. 1). Nicht erfüllt sein mussten hingegen die in Art. 40 lit. a bis c StrG aufgeführten Strafmilderungsgründe wie die vorhergehende Reizung des Täters oder auch das Zeigen von Reue.

Das Kantonsgericht folgte dem Antrag der Staatsanwaltschaft eins zu eins und reduzierte das vorgesehene Strafmass für Mord von 20 auf 16 Jahre Zuchthaus. Sie stützten sich dabei rechtlich auf Art. 40 lit. a StrG, der unter bestimmten Voraussetzungen eine Reduktion unter das angedrohte Strafmass vorsah. Die Richter sahen es als erwiesen an, dass der Täter aufgrund seiner epileptischen Erkrankung zwar nicht geisteskrank sei, aber darauf basierend zumindest eine verminderte Zurechnungsfähigkeit vorliege. Eine eigentliche Begründung für die Höhe der Reduktion findet sich hingegen im Urteil keine. Da die vorsätzliche Tötung mit bis zu maximal 15 Jahren Zuchthaus geahndet werden konnte, war die gewählte Reduktion von 4 auf 16 Jahre aber in sich konsistent. Auch hier nutzte das Kantonsgericht einen vorhandenen Ermessensspielraum zu Angehrns Gunsten aus. Aus Sicht des Verurteilten und unter Würdigung des dürftigen medizinischen Nachweises seiner Krankheit darf diese Einschätzung als wohlwollend taxiert werden.

Angehrn wurde am Montag, 1. Dezember 1924, verhaftet. Nach seiner Verurteilung am Mittwoch, 17. Juni 1925, trat er am Freitag, 19. Juni 1925, eine 16 Jahre dauernde Zuchthausstrafe an. Er hatte davor also 200 Tage⁴⁸ in Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft verbracht. Eine angemessene Berücksichtigung der Untersuchungshaft sah das Strafgesetz nur dann vor, wenn die längere Dauer „mehr durch äussere Umstände als durch die Schuld des Angeschuldigten verursacht wurde“ (Art. 41 StrG).⁴⁹ Das Kantonsgericht hatte aus dieser Warte betrachtet keine Veranlassung, die von Angehrn vor dieser Verurteilung abgesessene Untersuchungshaft vollständig oder auch nur teilweise anzurechnen.

4. Anordnung der Überprüfung einer allfälligen Versorgung

Das zweite Element des Urteils beinhaltete eine bedingte Versorgung des Verurteilten. Art. 161 Abs. 2 StrP postulierte die Möglichkeit, dass wenn ein Freigesprochener (sic!) wegen Geisteskrankheit oder aus andern Gründen als gemeingefährlich zu betrachten war oder wenn in dessen eigenem Interesse Sicherheitsmassnahmen nötig waren, eine regierungsrätliche Überprüfung zu einer all-

⁴⁴ Vgl. Stooss (Band 1), 56 ff.

⁴⁵ Ders., 58.

⁴⁶ Wiedereinführung der Todesstrafe; Gesetz, das in der Gesetzesammlung Kanton St. Gallen, Neue Folge, Vierter Band, 1882 bis 1885, publiziert wurde.

⁴⁷ Nachtragsgesetz betreffend die Todesstrafe, das in der Gesetzesammlung Kanton St. Gallen, Neue Folge, Neunter Band, 1903 bis 1907, publiziert wurde.

⁴⁸ Die Untersuchungshaft unterteilt sich wie folgt: vom 1. Dezember 1924 bis 22. Januar 1925 im Bezirks- und Gemeindegefängnis St. Gallen; vom 22. Januar bis 22. April 1925 im „Kantonale Asyl Wil“ (Kantonale psychiatrische Klinik) sowie vom 22. April 1925 bis 17. Juni 1925 im Kriminalgefängnis in St. Gallen. Die Aufenthaltsorte lassen sich detailliert aus den verschiedenen an das Untersuchungsrichteramt eingereichten Rechnungen rekonstruieren.

⁴⁹ Für einen interkantonalen Vergleich der damaligen Regelungen in Bezug auf die allfällige Anrechenbarkeit der Untersuchungshaft sei auf den Überblick von Stooss (Band 1), 415 ff. verwiesen. Dort vertritt Stooss die Ansicht, dass ihm die St. Galler Regelung als die richtige erscheine.

fälligen Versorgung verfügt werden konnte. Das Kantonsgericht argumentierte im Urteil, dass diese Vorschrift der *ratio legis* entsprechend auch im konkreten Fall anzuwenden sei. Doch dieser Bezug auf Art. 161 Abs. 2 StrP ist fadenscheinig. Das Gericht konstruierte einen Ermessensspielraum, über den es gar nicht verfügte. Die Massnahme der Versorgung war nach dem Buchstaben des Gesetzes nur in zwei Konstellationen zu prüfen: erstens bei Freigesprochenen, die als gemeingefährlich galten, und zweitens bei Verurteilten, bei denen die Todes- oder die Zuchthausstrafe aufgrund einer Geisteskrankheit nicht ordentlich vollzogen werden konnte, da die Verurteilten nicht opportun waren (Art. 230 Abs. 2 StrP).

Die Versorgung war eine Ersatzmassnahme und keine kumulative Ergänzung zur ordentlichen Bestrafung. Dieses Element des Urteils ist auch deshalb besonders stossend, weil die beiden Psychiater die Gemeingefährlichkeit von Angehrn in ihrem Gutachten zwar behaupteten, aber sie nie auch nur ansatzweise begründeten.

5. Übernahme der Kosten durch den Verurteilten

Gemäss Art. 158 Abs. 1 StrP hatte der Verurteilte alle Kosten der Untersuchung und der gerichtlichen Verhandlung zu tragen. Das dritte Element des Urteilspruchs erfolgte somit vollständig korrekt. Die monetäre Seite der Kriminaluntersuchung im „Fall Angehrn“ wurde im Dossier unter der Rubrik „Kostenrechnung“ minutiös festgehalten. Insgesamt werden darin Gesamtkosten von 2003 Franken und 20 Rappen aufgeführt.⁵⁰ Knapp zwei Drittel dieser Kosten sind Barauslagen für Gutachten, für Transport- und Reisespesen und für die Unterkunft sowie die Verpflegung des Verurteilten. Im Dossier finden sich 24 Rechnungen, die teilweise mit einem Empfangsschein der Post oder Quittungen versehen sind. Alle Rechnungen wurden vom Untersuchungsrichter visiert. Der Rest verteilt sich auf sogenannte Fiskalgebühren, die durch die Untersuchungsbehörden, die Staatsanwaltschaft sowie durch das Gericht generiert wurden.⁵¹ Die Kosten von 40 Franken für den öffentlichen Verteidiger, die im Urteil explizit aufgeführt waren, fehlten in der Schlussabrechnung, obwohl alle weiteren Gerichtsgebühren vom 17. Juni 1925 in diese Eingang fanden.

VII. „Fall Angehrn“ in der Presse

Bereits in den Abendausgaben vom 1. Dezember 1924 berichteten vier Zeitungen in jeweils knappen Meldungen über den „Mordfall“ in Gerschwil. Es berichteten folgende lokale und regionale Zeitungstitel: „Die Ostschweiz“, „St. Galler Tagblatt“, „St. Galler Stadtanzeiger“ sowie „Die Volksstimme“. Nachweisbare Informationsquelle dafür war das Polizeikommando des Kantons St. Gallen. Die Leserschaft konnte den veröffentlichten Beiträgen Folgendes entnehmen: Neben Angaben zum De-

likt, zum Tatort, zur Tatzeit sowie zur Tatwaffe fanden sich auch biografische Angaben zum Opfer. Zusätzlich zur expliziten Nennung seines Namens und Vornamens wurde sein Beruf als Landwirt und seine Rolle als Familienvater erwähnt. Ein Vergleich mit analogen Meldungen in der Tagespresse zeigt, dass die Angabe des Namens und Vornamens sowie von persönlichen Merkmalen den üblichen Gepflogenheiten entsprach. Es war Usus.

Am 2. Dezember 1924 berichteten dieselben vier Blätter, teils in ihren Morgen- und teils in ihren Abendausgaben über die erfolgte Verhaftung des „Mörders in Häggenschwil“. Die Berichte basierten dabei primär auf einer Meldung der damaligen, national tätigen Depeschagentur. Die Darstellung der Informationen erfolgte sachlich, je nach Zeitung mehr oder weniger detailliert, aber, im direkten Vergleich mit den Originalakten der Untersuchungsbehörden, immer faktentreu. Auch in der zweiten Berichterstattung wurden Namen und Vornamen des mutmasslichen Täters und weiter sein Wohnort, sein Alter, sein Beruf und seine Familienverhältnisse kommuniziert. Weiter kreisten die Ausführungen um die schwierige Finanzierungssituation in Bezug auf den Kauf des Hofes sowie um das Motiv der Tat. Die Detailtreue der gesichteten Berichterstattung lässt den Schluss zu, dass die damaligen Berichtersteller über intime Kenntnisse verfügen mussten.

Nur am Rande wurde hingegen die Tat selbst kommentiert oder moralisch beurteilt. Das „St. Galler Tagblatt“ schrieb, dass die „Tat als eine ausgesprochen feige erscheine“ und „in einer sinnlosen, plumpen und primitiven Art und Weise begangen worden“ sei. (Abendausgabe vom 2. Dezember 1924). Im selben Beitrag wurde zudem ein psychiatrisches Gutachten, das Auskunft über Angehrns Zurechnungsfähigkeit geben solle, in Aussicht gestellt. Im „St. Galler Stadtanzeiger“ wurde schliesslich unter Verweis auf die „Appenzeller Zeitung“ darauf hingewiesen, dass eine erneute Diskussion um die Todesstrafe verfrüht sei. Die Verfasser gaben dort ihrer Hoffnung Ausdruck, dass die Todesstrafe nicht zur Anwendung gelangen solle (Ausgabe vom 2. Dezember 1924).

Die „Neue Zürcher Zeitung“,⁵² welche zu jener Zeit noch dreimal pro Tag erschien, berichtete im ersten Blatt am Dienstagmorgen, dem 2. Dezember 1924, unter der Rubrik „Unglücksfälle und Verbrechen“ über die Straftat. Der 22 Zeilen umfassende Beitrag ist mit dem Titel „Zum Mord in Gerschwil“ überschrieben worden.

Der „Tages-Anzeiger für Stadt und Kanton Zürich“ berichtete über das Verbrechen in der Ausgabe vom 2. Dezember 1924⁵³ mit der Schlagzeile „Ein Mord aus Rache“. Obwohl dieser Beitrag nur 25 Zeilen umfasste, ist er rückblickend der bemerkenswerteste. Es sind drei Aspekte, die ins Auge stechen: Erstens finden sich offensichtlich spekulative Elemente, wie etwa, dass „man ei-

⁵⁰ Eine Aufrechnung zu heutigen Preisen (Februar 2014) gemäss dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik ergibt einen Betrag von rund 12'400 Franken (Index Juni 1925 = 100), also eine Versechsfachung.

⁵¹ Die Tarife stützten sich auf die Gebührenordnung für das Zivil- und Strafprozessverfahren vom 21. Dezember 1920.

⁵² „Neue Zürcher Zeitung“ 145. Jahrgang, Morgenausgabe vom 2. Dezember 1924, Nr. 1809.

⁵³ „Tages-Anzeiger“ für Stadt und Kanton Zürich, 32. Jahrgang, Ausgabe vom 2. Dezember 1924, Nr. 284, 2. Blatt.

nen Racheakt vermutet“, dass das Opfer „von hinten meuchlings niedergestreckt“ worden sei oder dass der „Schuss aus einem Jagdgewehr von einem Manne abgegeben“ worden sei. Woher diese Einschätzungen stammen, ist auch bei Konsultation der Untersuchungsakten weder erklär- noch nachvollziehbar. Zweitens wurde die Zeit der Tat falsch wiedergegeben: Statt zwischen 20:00 und 20:30 Uhr wurde Karl Peters Kontrollgang auf 19:30 bis 20:00 Uhr angesetzt. Drittens erwähnt der „Tages-Anzeiger“ als einzige Zeitung die Ehescheidung des Opfers und seine Tätigkeit als Vieh- und Güterhändler. Die Pressemeldung des „Tages-Anzeigers“ schloss mit folgendem Satz: „Die Polizei ist dem Mörder auf der Spur“.

Da sich die vom 1. bis zum 4. Dezember 1924 veröffentlichten Zeitungsartikel im analysierten Dossier unter einer eigenen Aktennummer finden, darf davon ausgegangen werden, dass das Untersuchungsrichteramt eine systematische oder auch nur situative Medienbeobachtung ihrer laufenden Fälle vorgenommen hat. Mit diesem Bezug im Dossier ist es zumindest informationstechnisch nachvollziehbar, dass der zuständige Untersuchungsrichter Kenntnis von der Berichterstattung in der Presse hatte. Am 3. Dezember 1924 sah er sich veranlasst, mit einer Meldung an die Ostschweizer Zeitungen zu treten.

Er verfasste dazu ein kurzes Communiqué, das mit „Straffall Angehrn, Häggenschwil“ betitelt war. Genau die vier eingangs erwähnten Ostschweizer Zeitungen, nicht aber weitere und insbesondere nicht der in Zürich beheimatete „Tages-Anzeiger“ wurden darin ersucht, seine Meldung zu publizieren. Der Aufforderung leisteten alle Zeitungen bereits tags darauf Folge. Als Verfasser der Meldung war das Untersuchungsrichteramt St. Gallen aufgeführt.

Der Wortlaut der fraglichen Meldung lautete: „(...) Was mehr geschrieben und berichtet wurde in den Zeitungen, ist geeignet, unschuldige Leute (Schwiegervater) zu verdächtigen und den objektiven Gang der Untersuchung zu gefährden. Solange über die rechtliche Qualifikation der Handlung des Angehrn (Mord oder Totschlag) und über die Motive zur Tat der Untersuchung noch nicht volle Abklärung gebracht hat, muss sich die Berichterstattung auf diese Mitteilung beschränken.“ In der Folge herrschte in allen Zeitungen in Bezug auf diesen Kriminalfall Funkstille.

Im Nachhinein sind die Anknüpfungspunkte für diese Intervention bei der Presse nicht (mehr) nachvollziehbar. Insbesondere der Hinweis auf unschuldige Leute (Schwiegervater) lässt sich nicht rekonstruieren. Was die rechtliche Qualifikation anbelangt, scheint die Ursache dafür hausgemacht zu sein. Von Beginn weg – bereits bei der Erstinformation des Untersuchungsrichters – sprachen die Vertreter der Kantonspolizei durchwegs von „Mord“, von „Mordfall“, vom „Mörder“ oder „vom ermordeten Peter“. Die Vermutung liegt nahe, dass die Journalisten die kantonspolizeiliche Einschätzung einfach übernommen haben. Das involvierte Untersuchungsrichteramt schrieb erstmals am 19. Dezember 1924 von einem Mord. Statt oder in Ergänzung zu einer

externen Richtigstellung wäre es wohl zumindest nicht abwegig gewesen, die Vertreter der Kantonspolizei zu ermahnen oder gar zu rügen, in der rechtlichen Qualifikation des Straffalls vorsichtiger zu sein.

Dass die disziplinierende Medienmitteilung vom 3. Dezember 1924 schliesslich nur an die lokalen und regionalen Zeitungen geschickt wurde, zeugte letztlich von einer gewissen Unentschlossenheit oder auch von einer selektiven Wahrnehmung der damaligen Medienlandschaft. Denn aufgrund der regionalen Zeitungsmeldungen hätte der Untersuchungsrichter schon damals klare und eindeutige Hinweise auf die grössere mediale Verbreitung der Straftat gehabt. Die Richtigstellung des Untersuchungsrichters war daher aus zwei Gründen problematisch: Erstens richtete sie sich nur an die vier oben erwähnten Ostschweizer Zeitungen. Die Meldung mit den meisten Fehlern war aber im „Tages-Anzeiger“ publiziert worden. Zweitens war das „Leck“ bei der Kantonspolizei zu orten. Die vorschnelle Qualifikation der Tat als „Mord“ war keine Erfindung der Medien, sondern sie stammte von der Kantonspolizei selbst.

Der Prozess gegen Angehrn fand am Mittwoch, 17. Juni 1925, in der Stadt St. Gallen vor dem Kantonsgericht statt. Der Prozess dauerte nur diesen einen Tag. Die im „St. Galler Tagblatt“, im „St. Galler Stadt-Anzeiger“⁵⁴ und in der „Ostschweiz“⁵⁵ am 18. Juni 1925 veröffentlichten Texte waren im Quervergleich sprachlich weitestgehend absolut identisch. Da und dort wurden allenfalls dem Kerntext, dessen Provenienz nicht bekannt ist, einzelne Sätze hinzugefügt oder weggelassen. Die Vermutung liegt nahe, dass ein Hauptautor eine originäre Version verfasst hatte, die anschliessend von anderen Redaktionen marginal angepasst wurde.

Ein somit für alle drei Zeitungen inhaltlich vergleichbarer und repräsentativer Artikel wurde im „St. Galler Tagblatt“⁵⁶ unter dem Titel „Mordprozess Angehrn vor Kantonsgericht“ publiziert. Dort wurde noch einmal der Hergang der Tat recht detailverliebt nachskizziert und es wurde insbesondere auf die Motivlage des Täters eingegangen. So seien nach der damaligen Einschätzung des Verfassers die Motive des Täters klarer als in anderen Fällen („z.B. Fall Eichmann anno 1916“). Weiter attestierte der Verfasser Angehrn „grosse Ueberlegung, ja Raffinement“ bei der Vorbereitung und der Ausführung der Tat. Dazu wurden ausgewählte angehrnsche Täuschungsmanöver angeführt, die sich im Verlaufe der Ermittlungen als solche entpuppten. Auch seine prägnante Äusserung „Er chönn lüge wie drokt, das muess er säge“ fand als Zitat Eingang in den besagten Artikeln.

Weiter behandelte der Beitrag die offensichtlichen Wirren um das psychiatrische Gutachten bzw. die diesbezüglich unterschiedlichen Einschätzungen zwischen der Staatsanwaltschaft und den medizinischen Fachexperten. Auch wird auf die epileptische Krankheit des Verur-

⁵⁴ Vgl. „St. Galler Stadt-Anzeiger“, 44. Jahrgang, Nr. 140 und 141 vom 18. und 19. Juni 1925.

⁵⁵ Vgl. „Ostschweiz“, 52. Jahrgang, Nr. 139 vom 18. Juni 1925.

⁵⁶ Vgl. „St. Galler Tagblatt“, 85. Jahrgang, Nr. 279, Morgenblatt vom 18. Juni 1925, 2 f.

teilten hingewiesen, die sich via Art. 40 lit. a StrG dann auch strafmildernd im Urteil niedergeschlagen hat. Der Artikel endete mit der Nennung des einschlägigen Artikels aus dem kantonalen Gesetz über Verbrechen und Vergehen sowie der Bekanntgabe des Strafmasses von 16 Jahren Zuchthaus.

Insgesamt war der gesamte Zeitungsbeitrag fachlich sauber recherchiert. Er war zudem in einem sachlichen Ton geschrieben. Reisserische Bemerkungen fehlen gänzlich. Sowohl über den gesamten Mordfall als auch die Verhandlung vor dem Kantonsgericht wurde ausschliesslich „ueber das Tatsächliche berichtet“. Trotz der professionellen journalistischen Arbeit schlich sich eine kleine Unstimmigkeit in diesen Beitrag ein. Aufgrund der geäusserten Gemeingefährlichkeit sollte Angehrn nach seiner Freilassung zur allfälligen Versorgung an den Regierungsrat überwiesen werden. Der Verfasser zitierte dazu korrekt den Art. 161 Abs. 2. Fälschlicherweise wurde aber anstelle des Gesetzes über die kantonale Strafrechtspflege ein nicht existentes Zwangsversorgungsgesetz angeführt.

In der „Neuen Zürcher Zeitung“ wurde die Essenz des obigen Urteils unter der Rubrik „Aus dem Gerichtssaal“ in zwölf Zeilen festgehalten.⁵⁷ Wie in der Ostschweizer Presse schlich sich in Bezug auf Art. 161 Abs. 2 StrP auch hier eine kleine Nachlässigkeit ein: Angehrn solle wegen seiner Gemeingefährlichkeit nach Verbüßung der Strafe dem Regierungsrat zu dauernder Versorgung übergeben werden. Die Nuance, dass es sich um eine bedingte, also „allfällige“ Versorgung handelt, wurde übersehen. Damit wurde die durch die beiden Psychiater postulierte, nur rudimentär fundierte Klassifizierung der Gemeingefährlichkeit abermals übernommen und der lesenden Öffentlichkeit zugetragen.

Der „Tages-Anzeiger“ berichtete am 19. Juni 1925 mit einer nur neunzeiligen Kurzmeldung: „Das St. Gallische Kantonsgericht hat (...) Angehrn (...), der den Landwirten Karl Peter (...) hinterrücks erschossen hatte (...), zu 16 Jahren Zuchthaus verurteilt.“⁵⁸ Statt „meuchlings“ wurde diesmal das Attribut „hinterrücks“ verwendet.

VIII. Leben von Johann Karl Angehrn

1. Biografisches bis zu seiner Verurteilung

Der Täter, Johann Karl Angehrn, lebte von seiner Geburt am 20. August 1882 bis zum 1. April 1914 im Weiler Wilen in der Gemeinde Gossau.⁵⁹ Dort besuchte er auch die Schule bis und mit der siebten Schulklasse. Im Jahr 1909 heiratete er. Nach dem Verkauf des elterlichen Bauernhofes im Jahr 1914, den die Familie Angehrn anschliessend verliess, folgte eine über zehn Jahre dauernde Odyssee mit zahlreichen Stationen in vier Bezirken des Kantons St. Gallen. Zuerst lebte Angehrn (alleine) für lediglich zwei Monate bei einem seiner Vettern in der Thurgauer Gemeinde Roggwil im Weiler Ruggisberg. Er

arbeitete dort als Dienstknecht, verstand sich aber mit seinem Cousin nicht. Die Zeit zwischen dem 1. Juni 1914 bis 15. Mai 1915 verbrachte er als Pächter eines Hofes im Weiler Häuslen in der Gemeinde Oberuzwil. Während dieser Zeit soll es gemäss Aussagen des Verpächters zu finanziellen Unstimmigkeiten gekommen sein. Die nächste Etappe dauerte vom 15. Mai 1915 bis 3. April 1916. Die Familie Angehrn lebte damals im Ortsteil Lenggenschwil der Gemeinde Niederhelfenschwil, abermals auf einem gepachteten Hof. Dieser Pachtvertrag wurde vorzeitig im gegenseitigen Einverständnis aufgelöst. Anschliessend bildete Oberbüren bis zum 19. Juli 1919 die Wohngemeinde der Familie Angehrn. In dieser längeren Periode zog sie allerdings innerhalb der Gemeinde zweimal um. Der Grund für den ersten intrakommunalen Umzug war ein Verkauf des an Angehrn verpachteten Hofes an einen Dritten. Angehrn erhielt für sein Entgegenkommen eine Entschädigung von 500 Franken vom damaligen Verpächter. Zudem kaufte er einen Bauernhof. Der zweite Umzug fand anlässlich des Kaufs eines weiteren Bauernhofes in derselben Gemeinde statt. Die nächste Station bildete vom 19. Juli 1919 bis 2. Mai 1922 die Gemeinde Gossau. Anschliessend siedelte man in die Gemeinde Waldkirch über, wo die Familie Angehrn bis zum 14. Juni 1924 an drei verschiedenen Orten innerhalb dieser Gemeinde ansässig war. Vom 7. Juli 1924 zog sie wieder nach Oberbüren um. Schliesslich erfolgte am 13. Oktober 1924 der Umzug nach Häggenschwil, wo man drei Wochen vor dem Verbrechen im Weiler Schmitzen, der sich im Ortsteil Unter-Gerschwil in der Gemeinde Häggenschwil befindet, ein Haus zur Miete bezog. Unter dem Strich hatte die Familie Angehrn seit ihrem Wegzug vom elterlichen Bauernhof im Jahre 1914 bis Ende November 1924 insgesamt zwölf Wohnstandorte in sieben verschiedenen Gemeinden, die sich ihrerseits – bis auf eine Ausnahme – alle in den damaligen Bezirken St. Gallen, Gossau, Wil und Untertoggenburg befanden. Die Bezirke selbst befinden sich im nördlichen Kantonsteil.

Aus dem Auszug des kantonalen Vorstrafenregisters vom 6. Dezember 1924 geht hervor, dass Angehrn am 16. Oktober 1916 zu einer Geldstrafe von 110 Franken (eventuell 22 Tage Gefängnis) verurteilt wurde. Er hatte sich einer fortgesetzten Milchfälschung schuldig gemacht. Angehrn war damals Pächter eines Hofes und lebte mit seiner Familie im Weiler Buchenthal, der sich in der St. Galler Gemeinde Oberbüren befindet. Das Fälschen und das Verkaufen von Lebensmitteln wurde gemäss Art. 1 und Art. 2 des kantonalen Lebensmittelpolizeigesetzes mit einer Busse bis zu je 100 Franken belegt.⁶⁰ Aufgrund des verhängten Strafmasses muss aber davon ausgegangen werden, dass Angehrn gegen Art. 141 StrG verstossen hatte. Diese Norm regelte das gesundheitschädliche Fälschen von Lebensmitteln und sanktionierte entsprechende Vergehen deutlich schärfer.

⁵⁷ Vgl. „Neue Zürcher Zeitung“, 146. Jahrgang, Morgenausgabe vom 18. Juni 1925, Nr. 955.

⁵⁸ „Tages-Anzeiger“ für Stadt und Kanton Zürich, 33. Jahrgang, Ausgabe vom 19. Juni 1925, Nr. 141, 2. Blatt.

⁵⁹ Die Ausführungen basieren auf einem Rapport der Kantonspolizei St. Gallen.

⁶⁰ Vgl. dazu Rechtsvergleich bei Stooss (Band 2), 380 ff.

2. Biografisches nach seiner Verurteilung

Im jährlichen Amtsbericht⁶¹ des Regierungsrates an den Grossen Rat des Kantons St. Gallen über das Jahr 1925 erscheint der „Fall Angehrn“ in der Statistik unter dem Titel der gerichtlichen Strafrechtspflege des St. Gallers Justizdepartements. In binärer Form als „1“ ist festgehalten: Männlicher Mörder, Kantonsbürger, zwischen 41 und 50 Jahre alt, verheiratet und dem Bauernstand angehörend. Nach seiner Verurteilung und Inhaftierung sowie der anschliessenden statistischen Erfassung finden sich zudem folgende biografische Anhaltspunkte zum Verurteilten:

Der Verurteilte wurde am Freitag, 19. Juni 1925, in die kantonale Strafanstalt Saxerriet überwiesen. Die Anstalt befand sich damals wie heute im St. Galler Rheintal in der Gemeinde Sennwald. In Angehrns Einweisungsjahr wurden auf einem ehemaligen Sumpfgelände nahe des Rheins Baracken erstellt und von Insassen bezogen.⁶² Über die Zeit im Zuchthaus sind keine persönlichen Informationen bekannt. Hingegen erlaubt der alljährlich erscheinende Amtsbericht des Regierungsrates durchaus punktuelle Einblicke in das damalige Leben in dieser Strafanstalt.⁶³ So waren im Dezember 1925 neben Angehrn 43 weitere Männer inhaftiert.⁶⁴ Dokumentiert ist hingegen seine Entlassung. Sie erfolgte 16 Jahre nach seiner Einweisung – mitten im Zweiten Weltkrieg⁶⁵ – am Donnerstag, 16. Juni 1941. Das Schweizerische Strafgesetzbuch, das ab dem 1. Januar 1942 in Kraft war, sah für entlassende Straftäter eine Schutzaufsicht vor. Bei diesem Instrument handelte es sich um einen Vorläufer der heutigen Bewährungshilfe. Die Aufgabe bestand darin, den „Unterstellten mit Rat und Tat namentlich bei der Beschaffung von Unterkunft und Arbeitsgelegenheiten“ zu helfen (Art. 47 Abs. 1 aStGB). Im Kanton St. Gallen oblag die operative Tätigkeit ab 1939 einem im selben Jahr gegründeten Schutzaufsichtsverein (Art. 379 aStGB).⁶⁶ Ab dem 8. September 1941 arbeitete Angehrn bei der Familie Liechti-Bosshard⁶⁷ im Dorf Algetshausen, das sich in der Untertoggenburger Gemeinde Henau befindet. Bei dieser Familie lebte sich Angehrn gut ein. Er besorgte dort den 9,5 Jucharten grossen landwirtschaftlichen Be-

trieb⁶⁸ der Familie. Zudem war er für vier Kühe verantwortlich. Frau Liechti lobte in einem Zeugnis explizit Angehrns Arbeitssamkeit und seinen guten Charakter.

Das am 17. Juni 1925 ergangene Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen sah vor, dass Angehrn nach seiner Haftverbüßung gemäss Art. 161 Abs. 2 StrP eine Prüfung absolvieren solle. Dabei sollte untersucht werden, ob der Verurteilte einer Versorgung zu überweisen sei. Im Dossier finden sich keine Hinweise, ob im Sommer 1941 nach Angehrns Entlassung eine entsprechende Prüfung stattgefunden hat. Rückblickend lässt sich der fragliche Kontext des Urteilspruchs – bewusster Verzicht oder Vergessen – nicht mehr rekonstruieren. Der wahrscheinliche Grund dafür dürfte der Übergang vom kantonalen zum nationalen Strafrecht gewesen sein. Aus Angehrns Biografie geht aber zweifelsfrei hervor, dass diese Massnahme de facto nicht vollzogen wurde. Stattdessen ging er, begleitet von der routinemässig vorgesehenen, zeitlich limitierten Schutzaufsicht⁶⁹, wieder einer Erwerbstätigkeit in Freiheit nach.

Am 18. September 1909 heiratete Johann Karl Angehrn Maria Genoveva Högger. Seine Ehefrau wurde am 21. Mai 1884 ebenfalls in Gossau geboren. Bereits wenige Tage nach Angehrns Verhaftung finden sich im analysierten Dossier Hinweise, dass für ihn ein Vormund bestellt werden sollte. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass sich Maria Angehrn im Jahr 1926 auf eigenes Begehren hin selbst unter Vormundschaft stellen liess. Nach Art. 372 aZGB⁷⁰ war dies möglich, wenn Altersschwäche, andere Gebrechen oder Unerfahrenheit vorlagen, sodass die Person ihre Angelegenheiten nicht gehörig besorgen konnte. Die im Mai 1926 publizierte Anzeige im kantonalen Amtsblatt stützte sich genau auf diesen Gesetzesartikel.⁷¹ Die Gründe für diesen Schritt bleiben im Dunkeln. Ob schliesslich der ernannte Vormund, „J. Högger, Gossau“, ihr Vater oder ihr Bruder war, lässt sich nicht mehr eruieren, da beide in Gossau ihren Wohnsitz hatten.

Kurz vor Angehrns Entlassung aus dem Zuchthaus strebte seine Ehefrau im Frühling 1941 unter Mitwirkung des Rechtsanwalts Dr. Theo Klingler die Ehescheidung nach Art. 137 ff. aZGB an. Der Ehescheidungsprozess war im Sommer 1941 beim Bezirksgericht Gossau anhängig. Die Ehe selbst wurde am 25. September 1941 geschieden. Über die Gründe der Scheidung einerseits und die Wahl genau dieses Zeitpunktes andererseits, der mit einer Wartefrist von gut 16 Jahren verbunden war, finden sich keine verwertbaren Hinweise.

Bei Straftaten im Kanton St. Gallen, die mit einer Zucht-

⁶¹ Amtsbericht des Regierungsrates des Kantons St. Gallen, 1926, 200.

⁶² Saxerriet, gefunden am 10.02.2014 unter <http://www.saxerriet.sg.ch/home/strafanstalt/portrait0/geschichte.html>.

⁶³ „Der Gesundheitszustand unter den Gefangenen war bei anhaltender Beschäftigung im Freien und genügender Verpflegung durchaus ein guter. Es ist eine Freude und Genugtuung, beobachten zu können, wie arbeitsscheue, schwächliche Bleichgesichter uns schlottrige Alkoholiker bei der einfachen, geregelten Lebensweise zu kräftigen, gesunden und arbeitsgewohnten Männern herangezogen werden“ (Amtsbericht des Regierungsrates, 1926, 121).

⁶⁴ Amtsbericht des Regierungsrates, 1926, 119.

⁶⁵ Die Mobilmachung der Schweizer Armee erfolgte am 1. September 1939. Vgl. dazu Sankt-Galler Geschichte 2003, 85 f. Da Angehrn keinen Militärdienst zu leisten hatte, konnte oder musste er anderweitig für sich disponieren.

⁶⁶ Schutzaufsicht, gefunden am 09.05.2013 unter http://www.sg.ch/home/sicherheit/justizvollzug/bewahrungshilfe/grundlagen_der_bewahrungshilfe.html.

⁶⁷ Sie hatte das Patronat für Angehrn gemäss Art. 6 der Vollziehungsverordnung zum Gesetz betreffend die Schutzaufsicht für entlassene Sträflinge vom 17. Februar 1903 übernommen.

⁶⁸ Vgl. Führungsbericht vom 22. April 1944 der St. Galler Kantonspolizei, der anlässlich von Angehrns Rehabilitationsgesuch verfasst wurde.

⁶⁹ Vgl. Gesetz über die Schutzaufsicht für entlassene Sträflinge vom 18. November 1902, das in der Gesetzessammlung Kanton St. Gallen, Neue Folge, Achter Band, 1899 bis 1902, publiziert wurde. Die Schutzaufsicht dauerte gemäss Art. 3 in der Regel mindestens ein halbes Jahr, höchstens drei Jahre.

⁷⁰ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.

⁷¹ Amtsblatt des Kantons St. Gallen, 1926, 410. Bei Anzeige wurde ihr Geburtsjahr fälschlicherweise mit 1881 statt mit 1884 aufgeführt.

hausstrafe belegt wurden, verloren die Straftäter von Gesetzes wegen vorübergehend ihr Aktivbürgerrecht. Betroffen waren davon gemäss Art. 14 Abs. 1 StrG die bürgerliche Stimm- und Wahlfähigkeit, die Beibehaltung oder Übernahme eines Amtes, die Ausübung eines öffentlichen Dienstes oder die Übernahme einer Vormundschaft sowie Ausübung von jenen Berufsarten, für welche der Besitz der bürgerlichen Ehren und Rechte gefordert war. Die Einstellung des Aktivbürgerrechts dauerte bis zu ihrer gänzlichen oder teilweisen Aufhebung durch die Rehabilitation (Art. 14 Abs. 2 StrG).

Im November 1943 reichte Angehrn einen handgeschriebenen Brief beim Bezirksamt St. Gallen ein. In diesem Gesuch bat er um die Wiedereinsetzung der bürgerlichen Ehrenfähigkeit. Da nach seiner Haftentlassung vom 19. Juni 1941 das Schweizerische Strafgesetzbuch (aStGB) für alle Kantone gültig war, richtete sich das Prozedere nicht mehr nach Art. 49 StrG, sondern neu nach dem eidgenössischen Art. 338 Abs. 1 aStGB i. V. m. Art. 76 aStGB. In der Folge war nicht der Grosse Rat des Kantons St. Gallen⁷² für dieses Geschäft zuständig, sondern das Gericht, welches das Urteil fällte (Art. 82 EG zum aStGB). Da die Mindestfrist von zwei Jahren nach Haftverbüssung offensichtlich gegeben war und sich Angehrn „nach den im Rechte liegenden Zeugnissen gut aufführt“⁷³, beschloss das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen das Gesuch von Angehrn und den damit verbundenen Antrag der Staatsanwaltschaft vom 6. Mai 1944 gutzuheissen. Am 19. Juni 1944 wurde Angehrn per Gerichtsbeschluss wieder in die bürgerliche Ehrenfähigkeit eingesetzt.⁷⁴

Der am 20. August 1882 in Gossau geborene Karl Johann Angehrn starb in ebendieser Gemeinde mit knapp 68 Jahren am 15. März 1950.⁷⁵ Damit schloss sich sein Lebenskreis.

IX. Schlüsselergebnisse

1. Die Strafuntersuchung bis zum 17. April 1925

Alle in die Strafuntersuchung involvierten Akteure agierten innerhalb der jeweiligen gesetzlichen Vorgaben. Auch lässt sich anhand des „Falls Angehrn“ das Ineinandergreifen und die Aktivitäten aller der damals involvierten Organe und Akteure während der Strafuntersuchung wie auch vor Gericht fast lehrbuchmässig aufzeigen. Dabei wurden sowohl alle Fristen als auch die formalen Erfordernisse, welche die einschlägigen Gesetze, insbesondere das Gesetz über die Strafrechtspflege vorgaben, ausnahmslos eingehalten. Das zugrunde liegende gesamte Dossier ist klar und nachvollziehbar strukturiert. Im Untersuchungsverfahren selbst wurden alle in der damaligen Strafprozessordnung vorgesehenen Instrumente eingesetzt, bzw. es wurde von ihnen Gebrauch gemacht: Augenschein, Durchsuchung, Be-

schlagnahme von Beweisstücken, Einsatz von Sachverständigen, Zeugenverhöre und Verhör des Angeschuldigten, Anfertigung von Situationsplänen und fotografischen Aufnahmen. Zudem forderte der Untersuchungsrichter verschiedene Dokumente von weiteren Amtsstellen an. Insgesamt stützten sich die ermittelnden Behörden bei ihrer Tätigkeit hauptsächlich auf Zeugenbefragungen und auf Verhöre des Angeklagten. Rückblickend ist nicht ersichtlich, weshalb sie zur Plausibilisierung oder zur Verifizierung von eigenen Hypothesen oder auch Zeugenaussagen nicht auf amtliche Publikationen oder statistisches Material zurückgegriffen haben. Auch ein möglicher Beizug von Experten ausserhalb des medizinischen Fachs wäre für das Verständnis der Sach- und Motivlage durchaus eine Option gewesen.

Die Ermittlungen des St. Galler Untersuchungsrichters waren grundsätzlich breit und aus kriminologischer Sicht betrachtet auch systematisch angelegt. Trotzdem wurde der monetären Höhe des Kaufpreises beim Erwerb von Peters Bauernhof durch Angehrn bei den Zeugenbefragungen und den schriftlichen Nachfragen bei ausgewählten Dritten zu viel Bedeutung beigemessen. Weder die durchgeführten Untersuchungen noch die damit verbundenen Arbeitshypothesen wie ein möglicher Versicherungsbetrug waren letztlich zielführend. Es kommt hinzu, dass die Einkommens- und Vermögenssituation des Angeklagten nie systematisch abgeklärt wurde. Eine analoge Recherche wurde hingegen beim Opfer sehr wohl durchgeführt. Vielmehr war Angehrn als Schuldenbauer ein typischer Repräsentant des damaligen Schweizer Bauernstandes. Zumal ihm buchhalterisch gesprochen nicht die Aktiv-, sondern die Passivseite seiner Bilanz ein Problem bereitete. Auch wenn der Kaufpreis für die petersche Liegenschaft deutlich tiefer gelegen hätte, wäre dadurch sein mit dem Kauf verbundenes Finanzierungsproblem nicht gelöst gewesen.

Die Vertreter der Kantonspolizei spielten im gesamten Verfahren eine untergeordnete Rolle. Bis auf eine nachweisliche Fehleinschätzung in einem Protokoll leisteten sie einen soliden Beitrag ganz im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgabe. Insbesondere die Aufarbeitung der Immobilientransaktionen, die für das Verständnis des Falles äusserst hilfreich war, geht auf ihr Konto.

2. Verurteilung durch das Kantonsgericht

Sowohl die Qualifikation der Straftat als Mord als auch das verhängte Strafmass sind problemlos nachvollziehbar. Unter Einbezug aller vorhandenen Informationen kann das gefällte Urteil in diesem Punkt als fair oder sogar als grosszügig gegenüber dem Verurteilten taxiert werden. Hingegen war der Verweis auf Art. 161 Abs. 2 StrP als zweites Element des Schuldspruchs fadenscheinig. Dabei ging es um die Möglichkeit, Personen unter bestimmten Voraussetzungen zu „versorgen“. Das Gericht nahm hier einen Ermessensspielraum in Anspruch, über den es nicht verfügte. Die Massnahme der Versorgung war nach dem Buchstaben des Gesetzes nur in zwei Konstellationen zu prüfen: erstens bei Freigesprochenen, die als gemeingefährlich galten, und zweitens bei Verurteilten, bei denen die Todes- oder die Zuchthausstrafe

⁷² Vgl. dazu in Art. 221 aStrG.

⁷³ Vgl. Kantonsgericht St. Gallen, Sitzung vom 19. Juni 1944, 2.

⁷⁴ Im Amtsblatt des Kantons St. Gallen fehlt die übliche Veröffentlichung für den Jahrgang 1944. Sie scheint vergessen worden zu sein.

⁷⁵ Vgl. Bürgerregister der Gemeinde Muolen (als Mikrofilm im Staatsarchiv St. Gallen).

aufgrund einer Geisteskrankheit nicht ordentlich vollzogen werden konnte, da sie nicht opportun waren.

Der „Fall Angehrn“ bietet einen reichen Fundus an Anschauungsmaterial. Aus einer rein kriminologischen Sicht darf die Hypothese aufgestellt werden, dass das Verbrechen selbst letztlich durch Zufall geklärt wurde. Denn der verurteilte Straftäter blieb fast während der gesamten Strafuntersuchung seinem Ruf als notorischer Lügner treu. Nur ausnahmsweise war er ehrlich und liess sich in die Karten schauen. Meistens täuschte er die involvierten Organe. Es darf bezweifelt werden, ob ohne sein aktives Zutun und sein „verdächtiges Benehmen“ nach der Tat das Verbrechen an Karl Peter aufgeklärt und der Straftäter verurteilt worden wäre.

Losgelöst von einer juristischen Betrachtung erlaubt das untersuchte Dossier einen eindrücklichen, detaillierten und vielschichtigen Einblick in das damalige bäuerliche Milieu der Ostschweiz in den 1920er-Jahren und die damit verbundene vielerorts prekäre ökonomische Situation des hiesigen Bauernstands. Und obwohl es sich dabei um mikroskopische Einzelaufnahmen zufälliger und unsystematischer Natur, die im Rahmen einer Strafuntersuchung gesammelt wurden, handelt, leisten sie einen wertvollen Beitrag zum besseren Verständnis der damaligen Lebensverhältnisse. Darin dürfte aus heutiger Sicht der wahre Wert des Dossiers liegen. Denn der Verurteilte scheiterte, in einem grossen Kontext betrachtet, nicht nur an sich selbst, sondern auch an der damals herrschenden schwierigen ökonomischen Situation in der Schweizer Landwirtschaft.

Mit dem bewussten Einbezug von weiteren Primärquellen in die Analyse dieses historischen Kriminalfalles liessen sich neben dem Nachweis von kleineren materiellen

oder formellen Unstimmigkeiten (z. B. die angebliche Betreibung von Angehrn) in den Akten der Untersuchungs- und weiterer Behörden vor allem zusätzliche Erkenntnisse für das bessere Verständnis des Falles selbst gewinnen. Insbesondere die Vernetzung des untersuchten Einzelfalles mit diversen damals zeitgenössischen amtlichen Publikationen des Kantons St. Gallen und auch von Bundesbehörden hat sich als sehr fruchtbar erwiesen. Besonders erwähnenswert ist dabei die Schweizer Volkszählung, die zwischen 1850 und 2000 in einem 10-Jahres-Rhythmus durchgeführt wurde. Da die Daten auf kommunaler Ebene greifbar sind, besitzen sie eine thematisch wie auch räumlich sehr hohe Tiefenschärfe. Statt bei der Beschreibung der damaligen Situation nur auf teilweise pauschale Einschätzungen à la „im Durchschnitt“ zu basieren, kann das Konsultieren entsprechender Quellen zur erwünschten bzw. notwendigen Differenzierung beitragen.

Literaturverzeichnis

- Eidg. Statistisches Bureau, Eidgenössische Volkszählung vom 1. Dezember 1920. Kantonsweise Ergebnisse, Heft 8, Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden, St. Gallen, Bern (Publikationsjahr ist unbekannt).
Eidg. Statistisches Bureau (Hrsg.) (1926), Eidgenössisches Statistisches Jahrbuch 1925. 34. Jahrgang, Bern 1926.
Eidgenössisches Statistisches Amt, Eidgenössische Volkszählung vom 1. Dezember 1930. Band 8, Kanton St. Gallen, Bern 1933.
Gschwend, Lukas, Der Studentenmord von Zürich. Eine kriminalhistorische Untersuchung zur Tötung des Studenten Ludwig Lessing am 4. November 1835, Zürich 2002.
Gschwend, Lukas (Hrsg.) (2012), Historische Kriminalfälle in St. Gallen. Wissenschaftliche Analyse historischer Kriminalfälle auf der Grundlage eines Doktorandenseminars an der Universität St. Gallen, St. Gallen 2012.
Habermas, Rebekka, Rechts- und Kriminalitätsgeschichte revisited, In: Habermas Rebekka & Schwerhoff Gerd (Hrsg.), Verbrechen im Blick. Perspektiven der neuzeitlichen Kriminalgeschichte, Frankfurt/Main 2009.
Schweizerische Nationalbank (Hrsg.), Die Banken in der Schweiz 2002. Statistik. 87. Jahrgang, Zürich 2003.
Schwerhoff, Gerd, Historische Kriminalitätsforschung. Frankfurt am Main 2011.
Statistisches Bureau der Schweizerischen Nationalbank, Das schweizerische Bankwesen im Jahre 1919. Separatdruck aus der Zeitschrift für Schweizerische Statistik und Volkswirtschaft, Bern 1921.
Stooss, Carl, Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts. Im Auftrage des Bundesrates vergleichend dargestellt, Basel und Genf 1892.
Thürer, Georg, St. Galler Geschichte. Aufklärung bis Gegenwart. Band II, erster Halbband, St. Gallen 1972.
Volkswirtschaftsdepartement des Kantons St. Gallen, Landwirtschaft im Kanton St. Gallen, in: Statistik des Kantons St. Gallen. XXXIV Heft, Seiten 20–25, St. Gallen 1928.
Wissenschaftliche Kommission der Sankt-Galler Kantongeschichte, Sankt-Galler Geschichte 2003. Die Zeit des Kantons 1914–1945, Band 7, St. Gallen 2003.

„Demokratisierung“ des Strafprozesses? Der „Lügendetektor“, der Entlastungsbeweis und die Reform des Strafverfahrensrechts zwischen Demokratisierung und Liberalisierung (1975-1983)

Carolin Stenz

The 1970s and 1980s in the Federal Republic of Germany were structured by democratisation and liberalisation. During this time, law and jurisprudence, too, had to face this challenge of social and cultural change. The discussion on the polygraph and the proof of exoneratation allows to explore the limitation of democratisation potential of continental European law. It shows at the same time that the reform of penal law and criminal procedure is not able to be separated as consequently from the democratisation debate as existing literature seems to suggest.

Les années 1970 et 1980 en RFA sont structurées par les deux principes dominants de démocratisation et de libéralisation. Pendant cette période, le droit aussi est confronté à ce défi du changement culturel et social. Le débat autour du polygraphe et la preuve à décharge permet de montrer les limites des capacités de démocratisation inhérentes au droit continental. À travers ce cas il devient également évident qu'il n'est pas possible de traiter séparément la réforme du

droit pénal et de la procédure pénale et le débat sur la démocratisation du droit ce que la littérature tente à suggérer.

Demokratisierung und Liberalisierung strukturieren die bundesrepublikanische Geschichte der 1970er und 1980er Jahre. Recht und Rechtswissenschaft stehen in dieser Zeit vor den gleichen Herausforderungen. Die Auseinandersetzung um den Polygraphen als Entlastungsbeweis erlaubt es, die Grenzen der Demokratisierung des kontinentaleuro-

päischen Rechts aufzuzeigen. Die Debatte zeigt auch, dass die Reform des Straf- und Strafverfahrensrechts und die Demokratisierungsdebatte weniger voneinander zu trennen sind, als dies bislang die bestehende Forschung auf den ersten Blick ersichtlich werden lässt.

„Listen, I don't know anything about polygraphs and I don't know how accurate they are, but I know they'll scare the hell out of people.“¹

Das vielleicht bekannteste Zitat zu dem Polygraphen überhaupt ist diese auf den presidential tapes festgehaltene Aussage Richard Nixons. Gefallen ist dieser Satz zu Ende eines beratenden Gesprächs, in welchem der amerikanische Präsident die Möglichkeit auslotete, die Sicherheit von Regierungsgeheimnissen dadurch zu erhöhen, den bereits in der CIA flächendeckend verwendeten Polygraphentest obligatorisch zu machen für mit vertraulichen Dokumenten betraute Mitarbeiter. Bekannt wurde diese Aufzeichnung im Rahmen der Watergate-Affaire, da klar daraus hervorging, dass Nixon in der Frage der Überwachung von Geheimoperationen einen deutlich aktiveren Part übernommen hatte, als bis dahin bekannt gewesen war.²

Während der Amtszeit von Nixon und später in den ersten Jahren der Präsidentschaft von Ronald Reagan wurden sog. Polygraphentests auch über die geheimdienstlichen Ermittlungsarbeiten hinaus abgenommen und im privaten Sektor hatte sich in den 1950er bis 1980er-Jahren in den USA oft die gesamte Belegschaft im Rahmen von Arbeitnehmerüberprüfungen routinemäßig Massentests zu unterziehen.³ Obschon in den meisten europäischen Staaten in den 1950er-Jahren der Polygraph für unzulässig erklärt und in der Polizeiarbeit untersagt wurde, erlebte er in den Jahren 1990 und 2000 in Europa eine neue Konjunktur, gerade zu dem Zeitpunkt, als dessen Nutzung in Nordamerika stark zurückging.⁴ Auch in

Deutschland wurde der Polygraph Gegenstand von Auseinandersetzungen, und dies bereits ab 1975. Anders aber als in den Vereinigten Staaten drehte sich die bundesrepublikanische Debatte bis 1983 um die Zulässigkeit eines Entlastungsbeweises mittels einer freiwilligen Polygraphenuntersuchung durch einen psychologischen Sachverständigen. Diese Diskussion ist ein Spiegelbild der Reform des Strafverfahrensrechts – nach Rechtspruch des Bundesverfassungsgerichts: „angewandtes Verfassungsrecht“ – und der in diesem Kontext des Verhältnisses von Individuum und Staat zentralen Frage der Subjektqualität des Angeklagten im inquisitorischen Strafprozess. Deutlich wird darin, dass an die Diskussion um die „Demokratisierung“ der Justiz, wie sie von Jörg Requate für die 1960er und die frühen 1970er Jahre untersucht wurde,⁵ nach dem RAF-Terrorismus und dem „nicht erklärten Ausnahmezustand“ (Kraushaar) wieder angeknüpft wurde und auf verschiedenen Ebenen und Themenbereichen sehr vielschichtig geführt wurde.

Ziel ist es aufzuzeigen, dass in dieser Diskussion dem Antagonismus im Wortgebrauch zwischen Alltagssprache und juristischen Konzepten tragende Funktion beikommt. Damit soll anhand eines Beispiels aufgezeigt werden, wie Recht sich als System konkret vor der Demokratisierungsdiskussion abschirmt und damit die von Dieter Grimm strukturell festgestellte „Methode als Machtfaktor“⁶ empirisch dargestellt wird.

Während bislang in der zeitgeschichtlichen Forschung wenig unterschieden wurde zwischen „Liberalisierung“ und „Demokratisierung“, sondern vielmehr weitgehend eine Ähnlichkeit beider Begrifflichkeiten der Analyse zugrunde gelegt wird,⁷ soll hier genau jener Unterschied fruchtbar gemacht werden, um die Grenzen von Demokratisierung in Bezug auf das Rechtssystem aufzuzeigen. Interessant sind diese Beobachtungen insbesondere hinsichtlich demokratietheoretischer Fragen und deren strafrechtlicher Ausprägung, wie sie etwa von Pettit für das Strafrecht und das Problem der Strafe konzeptuell angedacht worden ist.⁸

Dabei soll hier nicht für oder wider die Gültigkeit des polygraphischen Verfahrens unter wissenschaftlichen Gesichtspunkten Stellung bezogen werden. Ebenso wie wissenschaftliche Forschung und Verfechter hat es wis-

¹ Richard Nixon am 24. Juli 1971, Gespräch auf einem der *Oval Office Tapes* der sog. *presidential tapes* – auch *presidential recordings*. Abgedruckt unter: The Transcript of a White House Meeting Between Nixon, Krogh and Ehrlichman, New York Times vom 19. Juli 1974, S. 14; zu der großen Bedeutung, die diesem sogenannten Polygraphentest zugemessen wurde, vgl. den Bericht über den Test, dem sich der Berater Nixons, Charles W. Colson, während der Watergate-Affaire unterzogen hatte: Christopher Lydon, Colson Reported Passing A Lie Test on Watergate, New York Times vom 8. April 1973, S. 1.

² Seymour H. Hersh, Nixon's Active Role on Plumbers, New York Times Magazine vom 10. Dezember 1973, S. 77.

³ Vgl.: Allan F. Hanson, *Testing, testing: social consequences of the examined life*, Berkeley, Los Angeles und Oxford 1993; o. A., Reagan: „Ich habe die Schnauze voll“, Der Spiegel 49/1983, vom 5/12/1983, S. 128-129; Ulrich Schiller, Feldzug gegen undichte Stellen, DIE ZEIT 23/1986, vom 30/5/1986, S. 4.

⁴ Kerry Segrave, *Lie Detectors: A Social History*, Jefferson und London 2004. So sind etwa in Belgien, nach Ermittlungserfolgen und Unterstützung durch kanadische Polygraphie-Experten in den Jahren 2000, in der Belgian Federal Police drei eigene Beamte mit etwa 300 Prüfungen pro Jahr tätig: Ewout H. Meijer, Peter J. van Koppen, *Lie Detectors and the Law. The Use of the Polygraph in Europe*, in: David Canter, Rita Zukauskien (Hrsg.), *Psychology and Law. Bridging the gap*, Aldershot 2008, S. 31-50, S. 31, S. 42. Die Ermittlungserfolge waren dort wie häufig nicht unmittelbar auf die Polygraphen-Untersuchung zurückzuführen. Das Ge-

ständnis erfolgte unmittelbar nach der Untersuchung. Zu Beginn blieb die Nutzung allein auf das Ermittlungsverfahren beschränkt, nach der Validierung durch den Court of Assize jedoch auch von der Rechtsprechung akzeptiert. Zu Finnland vgl. ebd., S. 44.

⁵ Jörg Requate, Der Kampf um die Demokratisierung der Justiz. Richter, Politik und Öffentlichkeit in der Bundesrepublik, Göttingen 2008.

⁶ Dieter Grimm, Methode als Machtfaktor, in: Norbert Horn (Hrsg.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, München 1982, S. 469-492.

⁷ Ulrich Herbert, Liberalisierung als Lernprozeß. Die Bundesrepublik in der deutschen Geschichte – eine Skizze, in: ders. (Hrsg.), *Wandlungsprozesse in Westdeutschland. Belastung, Integration, Liberalisierung 1945-1980*, Göttingen 2002, S. 7-51.

⁸ Philip Pettit, Republican Theory and Criminal Punishment, *Utilitas* 9, 1997, n°1, S. 59-79; ders., Deliberative Democracy, the Discursive Dilemma, and Republican Theory, in: James S. Fishkin und Peter Laslett (Hrsg.), *Debating Deliberative Democracy*, Malden 2003, S. 138-162.

senschaftliche Anzweiflung des Verfahrens nahezu seit seinen Anfängen gegeben, wie auch aktuell an den bildgebenden Verfahren des neuroimaging.⁹ Auch wird hier das Argument der Konkurrenz zwischen Richter und Polygraph nicht diskutiert werden.¹⁰ Dieser Erklärungsversuch für das Scheitern des Polygraphen, wonach das scheinbar zu treffsichere Beweismittel den Richter nicht ersetzen kann und darf, hat zwar einige Stichhaltigkeit, doch steht hier nicht die Frage des Scheiterns im Vordergrund. Von Interesse ist hier die Diskussion, die sich um die potentielle Anwendbarkeit entsponnen hatte.

Dazu wird zunächst die historische Konstellation von Strafrechtsreform und „Demokratisierung“ der Justiz, die der Diskussion um den Entlastungsbeweis per Polygraph bis 1975 vorangeht, aus Sicht der Rechts- und Sozialgeschichte genauer dargestellt. In einem zweiten Teil werden die Positionen und die Geschichte des sog. Lügendetektors in der frühen Bundesrepublik wiedergegeben und damit die Anknüpfungspunkte hinsichtlich der

Stellung des Angeklagten im Strafprozess für die Debatte ab 1975 deutlich gemacht. Im Weiteren wird daran anschließend die Problematik des Subjekt-Status‘ des Angeklagten in der Diskussion um den sog. „Vergleich“ im Strafprozess näher erläutert, in der in einer ähnlichen Weise das Verhältnis von Angeklagtem und Rechtsstaat berührt wurde. Die Erörterung und Abwägung um den Entlastungsbeweis mittels Polygraphen wird dann im letzten Teil in den Kontext der umfassenden Reformdebatte in der Rechtswissenschaft gestellt. Gezeigt werden wird an diesem Beispiel auch, dass die Debatte um die Reform des Straf- und Strafverfahrensrechts und die Demokratisierungsdebatte weniger voneinander zu trennen sind, als dies bislang die bestehende Forschung auf den ersten Blick ersichtlich werden lässt.

I. Die Demokratisierungsdebatte bis 1975 und die Reform von Strafrecht und Strafprozessrecht

Ab 1969 wurde die Arbeit der Großen Strafrechtskommission mit der Reform des Strafgesetzbuches verabschiedet und grundlegende Änderungen in Bezug auf die Bemessung von Strafmaßen, Änderungen im Jugendstrafrecht, die Abschaffung des § 175 StGB und die Neubearbeitung der Frage der Schuldfähigkeit vorgenommen.¹¹ Die parallel dazu in den 1960er Jahren begonnene komplementäre Reform des Strafprozessrechtes – die 1964 verabschiedete sogenannte „kleine Strafprozessreform“ – setzte diese Tendenzen und die Forderungen nach einer Verbesserung der Rechte für den Beschuldigten respektive Angeklagten um. Diskutiert worden war im Vorfeld, wie die Hauptverhandlung reformiert und die Stellung des Angeklagten verbessert werden könnte, sowie auch darüber, die Rechte von Staatsanwaltschaft und Verteidigung zu erweitern, um das Vernehmen von Zeugen und Angeklagten nicht allein dem inquirierenden Richter zu überlassen. Verbunden war damit die Ansicht, dass mit dieser formalen strafprozessualen Regelung der Richter enger an die Ermittlung der Staatsanwaltschaft gebunden sei. Durch die Änderung, dies auch der Verteidigung zu ermöglichen, erhoffte man sich, eine mögliche Vorbefassthheit des Richters, die aus dieser Konstellation entstehen könnte, zu verringern.¹²

Mit der „kleinen Strafprozessreform“ wurde schließlich im Sinne der Rechte des Angeklagten der gesetzliche Rahmen für die Untersuchungshaft enger gesteckt, das rechtliche Gehör des Angeklagten vor Gericht verbessert, die Stellung der Verteidigung dahingehend gestärkt, dass diese nicht allein in die Gerichtsakten, sondern auch in die des Vorverfahrens Einsicht bekam.¹³ Anlie-

⁹ Vgl. stellvertretend: William Uttal, Neuroscience in the courtroom. What every lawyer should know about the mind and the brain, Tucson 2009.

¹⁰ Vgl. dazu Ken Alder, Les tours et détours du détecteur de mensonge [URL: <http://www.larecherche.fr/content/recherche/article?id=12985>, besucht am 7/03/2011]; Tal Golan, Laws of Men and laws of nature: the history of scientific expert testimony in England and America, Cambridge Mass. 2004, S. 248. Auf den ersten Blick scheint dieses Argument in gewisser Weise tautologisch, da sich eine ähnliche Konkurrenz auch für den „gold standard“ des DNA-Nachweises erkennen lassen könnte. Der entscheidende Unterschied liegt jedoch darin, dass es sich bei dem DNA-Nachweis um einen objektiven und nicht wie bei dem Polygraphen um einen Personenbeweis handelt. Aus rechtspsychologischer Sicht gestaltet sich das Verständnis darüber, wozu der Polygraph eingesetzt werden kann und die Reichweite jenes psychophysiologischen Gutachten erwartungsgemäß anders. Hier gilt es als weiteres Verfahren, um die Aussageanalyse zusätzlich zur Kriteriologie methodisch-technisch zu erweitern und zusätzlich abzusichern. Die Grenzen des Verfahrens werden darin identifiziert, dass nur Verstöße gegen das subjektive Rechtsempfinden identifiziert werden können und große emotionale Involviertheit trotz fehlender Schuld zu einem positiven Ergebnis führen können. Vgl. dazu: Max Steller und Klaus-Peter Dahle, Wissenschaftliches Gutachten: Grundlagen, Methoden und Anwendungsprobleme psychophysiologischer Aussage- bzw. Täterschaftsbeurteilung („Polygraphie“, „Lügendetektion“), Praxis für Rechtspsychologie 9 (1999), Sonderheft BGH-Urteil: Psychophysiologische Aussagebeurteilung, S. 127-204. Deswegen wird von Verfechtern des Verfahrens vorgebracht, dass dieses nur im Rahmen einer umfassenden aussagepsychologischen Gutachtens angewendet und aussagekräftig ausgewertet werden kann; Udo Undeutsch, Die Untersuchung mit dem Polygraphen („Lügendetektor“) – eine wissenschaftliche Methode zum Nachweis der Unschuld, FamRZ 6 (1996), S. 329-331; ders. Udo Undeutsch, Psychophysiologische Täterschaftsdiagnostik: Bedarf und Akzeptanz, insbesondere bei Verdacht des sexuellen Missbrauchs, in: Luise Greuel, Thomas Fabian und Michael Stadler (Hrsg.), Psychologie der Zeugenaussage: Ergebnisse der rechtspsychologischen Forschung, Weinheim 1997, S.303-308; Luise Greuel und Michael Stadler, Formale Aspekte psychologischer Polygraphiegutachten, Praxis für Rechtspsychologie 7 (1997), S. 222-228. Nachdem das polygraphische Gutachten in Sorgerechtsstreitigkeiten in den 1990er Jahren über längere Zeit erfolgreich als Entlastungsbeweis dazu zugelassen wird, dass ausgehend davon weitere Gutachten eingeholt werden, wird das polygraphische Gutachten in Deutschland vom BGH in Straf- sowie in Zivilsachen Ende der 1990 Jahre wegen des angeblich „geringfügige[n] Beweiswert[s]“ und der daraus resultierenden „(minimale[n]) indizielle[n] Bedeutung“ als „ein völlig ungeeignetes Beweismittel“ entsprechend der Formulierung von § 244 Abs. 3 StPO eingeordnet und verschwindet damit als Art Kontrollinstrument bis 2003 aus den Gerichtssälen der Bundesrepublik. Vgl. BGH, 17/12/1998, 1 StR 156/98, in: BGHSt 44, 2000, S. 308-328 und BGH, 24/06/2003, VI ZR 327/02.

¹¹ Die Literatur zur Geschichte der Strafrechtsreform ist erstaunlicherweise bislang vergleichsweise überschaubar. Vgl. Therese Stäcker, Die Franz von Liszt-Schule und ihre Auswirkungen auf die deutsche Strafrechtsentwicklung, Baden-Baden 2012; Tim Busch, Die deutsche Strafrechtsreform. Ein Rückblick auf die sechs Reformen des deutschen Strafrechts (1969-1998), Baden-Baden 2005.

¹² Vgl. einen Überblick bei: Claus Roxin, Die Reform der Hauptverhandlung im deutschen Strafprozeß, in: Hans Lüttger (Hrsg.), Probleme der Strafprozeßreform. Berliner Gastvorträge, Berlin 1975, S. 52-72.

¹³ Vgl.: Karl Schäfer, Die Entwicklung der Strafprozeßordnung und

gen der Reform war in den Worten des Strafrechtlers Jescheck, das Strafrecht und „Das Menschenbild unserer Zeit“¹⁴ überein zu bringen. Offensiver formulierte es der SPD-nahe Richter Rudolf Wassermann 1970: „Der Richter der Strafrechtsreform ist kein ‚Straf‘-Richter mehr; er muß weit mehr als bisher auf die Person des Täters eingehen und nach Lösungen („Behandlungsformen“) suchen, die der Gesellschaft nützen, indem sie für den Täter hilfreich sind.“¹⁵ Bis zur Neuordnung des Strafprozessrechtes von 1974 wurden verschiedenste Reformvorschläge diskutiert, die auf die Stärkung der Stellung des Angeklagten zielten, wie etwa die konkrete Ausgestaltung des Gerichtssaals, Richter, Anklage und Angeklagten die gleiche Sitzhöhe einzuräumen.¹⁶

Dieter Simon hat bereits 1990 in einem die Disziplingeschichte der Rechtswissenschaft fokussierenden Aufsatz über die „Zäsuren im Rechtsdenken“¹⁷ für die 1960er Jahre einen Wandel in der deutschen Rechtswissenschaft konstatiert, die in das Hinterfragen der dogmatischen Grundlagen und der methodischen wie rechtsphilosophischen Fundierung hineinführte. Mit dem 1961 verabschiedeten Richtergesetz, das die definitive Ablösung der noch während der NS-Zeit aktiven Richter durch Vorruchstand zu dem von den Alliierten festgelegten Zeitpunkt von 1962 regelte, wurde die interne Kritik und die juristische Methodendiskussion, wie sie etwa zeitgleich auch an den Universitäten mit einer „Kohorte junger Professoren der Jurisprudenz“ einsetzte, dynamisiert.¹⁸ Auch der Eichmann-Prozess (1961) und die Auschwitz-Prozesse in Frankfurt (1963-68) trugen dazu bei, eine Zäsur zu markieren. Dazu aber, „das gesamte Fach sozialwissenschaftlich neu zu strukturieren“ um die rechtstheoretische Umwandlung „von einer ‚Geisteswissenschaft‘ zu einer ‚Sozialwissenschaft‘“ zu erreichen,¹⁹ Synonym für eine Neubegründung der Funktion und des Selbstverständnisses der Rechtswissenschaft, reichte, Simon zufolge, der Reformeifer, der nach 1968 freige-

setzt worden sei, nicht aus. Für die Zeit nach dem Deutschen Herbst konstatiert er „Historisierungen und andere Rückzüge“: Interdisziplinarität sei zunehmend verdrängt worden und „[e]s war genug mit den demokratischen Aufgeregtheiten und den reformerischen Zumutungen. Man wollte in Ruhe nach dem generalüberholten Strafrecht (1975) und dem neuen Ehrerecht (1976) judizieren.“²⁰

Gleichsam den bei Simon stark dominierenden Generationen- oder Dezennien-Aufbau relativierend zeigt Jörg Requate, in welche gesellschaftliche und mediale, demokratisierende Auseinandersetzung diese Veränderungen eingebunden waren und dass diese in dieser Auseinandersetzung entscheidend dynamisiert worden sei. Aus sozial- und mediengeschichtlicher Perspektive akzentuiert Requate gegenüber Simon die Bedeutung der Kritik am Berufsstand der Richter durch Rechtssoziologie und die Medienöffentlichkeit nicht zuletzt seit Sebastian Haffners Kritik an der „Justiz und ihre[n] Schatten“ im Anschluss an die Spiegelaffäre²¹. In den der Sozialdemokratie nahe stehenden Richtern und Rechtswissenschaftlern identifiziert Requate die Scharnierfiguren, die jene Reformstimmung in die Strafrechtsreform hineintrugen, sich für eine Änderung der Juristenausbildung einsetzten und die Berufskarriere von Richtern transparenter machen wollten. Gründe für das Scheitern sieht Requate zu einem Teil an den Befürchtungen innerhalb der SPD, die das Reformprojekt zu ihrem Anliegen gemacht hatte, dieses weiterzutreiben als Rudi Dutschke den „Marsch durch die Institutionen“ ankündigte.²²

Ähnlich wie Simon sieht aber auch Requate die Reformeuphorie mit den ersten Jahren der 1970er für beendet, durch die „radikal veränderten Zukunftsprognosen“²³ angesichts von Ölkrise und dem Bericht des Club of Rome und dem, was Dieter Grimm „Methode als Machtfaktor“²⁴ genannt hat. Dieser konstatierte rückblickend eine positivistische Wende gerade derjenigen Rechtswissenschaftler, von denen der Ruf nach Veränderung ausgegangen war. Angesichts des sinkenden politischen Willens für weitere Reformen und des Umstands, dass „[e]inige Reformvorhaben ... zudem vom Bundesverfassungsgericht rückgängig gemacht oder modifiziert worden“²⁵ seien, überrasche zwar diese

des Gerichtsverfassungsgesetzes bis 1974 = Kapitel 3, in: Peter Rieß (Hrsg.), Löwe-Rosenberg. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 24. neu bearb. Auflage, Berlin 1988, S. 7-49, insbes. S. 32 ff. = Rdn. 63-75.

¹⁴ Hans-Heinrich Jescheck, Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform [1957], in: ders., Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft. Ausgewählte Beiträge zur Strafrechtsreform, zur Strafrechtsvergleichung und zum Internationalen Strafrecht, Berlin 1980, S. 3-27.

¹⁵ Rudolf Wassermann, Der neue Richtertyp, in: ders. [Aktionskomitee Justizreform] (Hrsg.), Justizreform, Neuwied und Berlin 1970, S. 11-31, S. 19.

¹⁶ Günter Hennies, Rechtsprechung am runden Tisch, in: Rudolf Wassermann [Aktionskomitee Justizreform] (Hrsg.), Justizreform, Neuwied und Berlin 1970, S. 133-143.

¹⁷ Dieter Simon, Zäsuren im Rechtsdenken, in: Martin Broszat (Hrsg.), Zäsuren nach 1945. Essays zur Periodisierung der deutschen Nachkriegsgeschichte, München 1990, S. 153-167. Allerdings zeigt der Text mehr die Übergänge als er eine teilweise gewollt wirkenden Interpretation in Generationen und Geburtskohorten belegt, da die Systematik in den Zäsuren vor allem in den Überschriften, weniger aber in seinem Text nachvollziehbar wird.

¹⁸ Ebd., S. 159 f.; zu der Kontinuität von Richterkarrieren vgl. stellvertretend: Claudia Fröhlich, Freispruch für Bonhoeffers Richter, in: Joachim Perels, Wolfram Wette, Mit reinem Gewissen. Wehrmachtrichter in der Bundesrepublik und ihre Opfer, Berlin 2011, S. 241-261.

¹⁹ Simon, Zäsuren, S. 162.

²⁰ Ebd. S. 163.

²¹ Sebastian Haffner, Im Jahre Eins nach Strauss, in: Der Spiegel 14/1963, S. 18-21, S. 20. Zu der Bedeutung der Rechtssoziologie siehe exemplarisch auch: Helmut Schelsky, Nutzen und Gefahren der sozialwissenschaftlichen Ausbildung von Juristen, JZ 29, 1974, S. 410-416. Vgl.: Jörg Requate, Kampf um die Demokratisierung, S. 168 ff., insbes. S. 192 ff., vgl. auch: ders. Politische Gestaltung durch die Justiz? Zur Auseinandersetzung um die gesellschaftliche Funktion des Richters in den „68er Jahren“, in: ders. (Hrsg.), Recht und Justiz im gesellschaftlichen Aufbruch (1960-1975), Baden-Baden 2003, S. 165-181; für Frankreich vgl. Elisabeth Bockelmann, Aufstand der Richter; Frankreichs Justiz und ihr Verhältnis zum Staat 1946-1981, Frankfurt/Main, New York 2008.

²² Requate, Kampf um die Demokratisierung, S. 390 f.

²³ Ebd., S. 179.

²⁴ Grimm, Methode als Machtfaktor. Zur Reichweite der Methodendiskussion in dieser Zeit vgl.: Reinhold Schlothauer, Zur Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit. Neuere Ansätze zur Methodik der Verfassungsinterpretation, Frankfurt/Main 1979.

²⁵ Grimm, Methode als Machtfaktor, S. 491.

Wendung zum einst so kritisierten Positivismus, da wesentliche Reformen noch vermisst worden seien. Insgesamt aber sieht Grimm in dieser „Besinnung auf positivistische Interpretationsmethoden“ ein „Gegengewicht gegen diese Tendenzen. Zu einer Zeit, in der die Revision der Reformen näher liegt als ihre Fortsetzung, verteidigt der Positivismus den nicht geliebten status quo gegen eine noch weniger geliebte Reaktion.“²⁶

Insgesamt bewertet die Literatur zur Zeitgeschichte des Rechts Erfolg und Reichweite der Strafrechtsreform und der „Demokratisierung“ kritisch und die Veränderungen als nicht tiefgreifend genug, die Demokratisierung als unvollständig. Es ist allerdings auch darauf hingewiesen worden, dass „Demokratisierung“ in den 1970er Jahren nicht mehr wie noch wenige Jahre zuvor ein durchweg positiv konnotierter Begriff war und mit ihm zunehmend die Frage verknüpft wurde, wie stark Demokratie in Gesellschaft übergehen könne, ohne absolut und zu einem totalitären Prinzip zu werden.²⁷

II. Der Polygraph und das deutsche Recht: das Schreckgespenst des inquisitorischen Strafprozesses (1945-1974)

Der Polygraph wurde am Anfang des 20. Jahrhunderts von William Moulton Marston, einem Doktoranden von Hugo Münsterberg in dessen Labor in Harvard, aus verschiedenen Verfahren kriminologisch und kriminalistisch orientierter Forschung zu Messungen kognitiver Reizverarbeitung und physiologischer Reaktionen kombiniert.²⁸ Derartige Forschung war im deutsch- und italienischsprachigen Raum um die Jahrhundertwende unternommen worden und darauf aufbauend sehr ähnliche Verfahren etwa von Rittershaus entwickelt worden.²⁹ Die Messung von Puls, Blutdruck, Atmung und Spannung auf der Hautoberfläche/Schweißbildung soll nach diesem Verfahren Auskunft über Stress geben, das wiederum ein Indikator für nicht wahrheitsgemäßes Aussagen sein soll.

Zwar wurde in *Frye v. US* 1923 vom Supreme Court einer solchen Untersuchung die Beweisfähigkeit vor Gericht abgesprochen, aber in den 1950er Jahren, im Kontext des Kalten Krieges, wuchs neben der praktischen Anwendung auch das wissenschaftliche Interesse an dem

Verfahren wieder.³⁰ Durch rasche Verbreitung im Polizeisektor größtenteils ohne entsprechende Ausbildung desjenigen, der die Polygraphenbefragung vornahm, war das Verfahren bereits in den 1920er Jahren in den Ruf geraten, keine relevanten Ergebnisse zu produzieren.³¹ Infolge des neuen Interesses nach dem Zweiten Weltkrieg und der sich etablierenden Forschung reformulierten 1972 Orne, Thackray und Paskewitz prominent im *Handbook of Psychophysiology*³² die Polygraphie zu einem Forschungsprojekt der detection of deception um mehr über den Einfluss von Stimuli auf physiologische Prozesse zu erfahren. Hauptgegenstand der Forschung zu der detection of deception and deceit bis in die 1990er Jahre waren Techniken der Messung von wahrheitsgemäßer und unwahrheitsgemäßer Aussage, verschiedene Techniken der Detektion und deren Bewertung nach den Kategorien der klassischen Testtheorie.³³

In Deutschland wurde die polygraphische Untersuchung mit der Befreiung durch die alliierten Truppen breiter bekannt und der durch G.I. besorgte Vernehmungen unter Rückgriff auf den Polygraphen im Rahmen von Spionageverdachtsfällen.³⁴ Der Verbreitungsgrad in der amerikanischen Verwaltungszone war schließlich so groß, dass sich auch Politik und Justiz mit der Frage auseinandersetzen mussten, ob jener „Lügendetektor“ in der Polizeipraxis eingesetzt werden und ob dieser Beweiswert vor Gericht haben konnte.³⁵ Deutlich wird an dieser Grundsatzdiskussion – die eingebettet war in diejenige über andere neue Beweisverfahren wie etwa die sog. „Plaunderdroge“ (Narko-Analyse) – die Bedachtheit auf die Wahrung der Subjektqualität des Beschuldigten respektive Angeklagten: So „...handelt es sich letztlich darum, ob und in welchem Umfang das Bestreben der staatlichen Organe, im Prozesse die Wahrheit zu finden, eine unübersteigliche Schranke in der rechtlichen Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren haben muß.“³⁶ Anders als rund 30 Jahre später, steht im Mittelpunkt der Erörterung über die Unzulässigkeit der „polygraphischen Befragung“ deren Anwendung in der polizeilichen Ermittlung.

Bereits 1949 formulierte Gustav Radbruch seine Zurückweisung der Anwendungsmöglichkeit eines Polygraphen

²⁶ Ebd. S. 491, Kursiv um Original.

²⁷ Moritz Scheibe, Auf der Suche nach der demokratischen Gesellschaft, in: Ulrich Herbert (Hrsg.), Wandlungsprozesse in Westdeutschland. Belastung, Integration, Liberalisierung 1945-1980, Göttingen 2002, S. 245-277; Jörg Requate, Die Demokratisierung der Justiz? Rechtsstaatlichkeit im Zeichen der Provokation, in: Habbo Knoch (Hrsg.), Bürgersinn mit Weltgefühl. Politische Moral und solidarischer Protest in den sechziger und siebziger Jahren, Göttingen 2007, S. 181-202, S. 184 ff., vgl. auch die versammelten Beiträge in: Martin Greiffenhagen (Hrsg.), Demokratisierung in Staat und Gesellschaft, München 1973.

²⁸ William Moulton Marston, *The Lie Detector Test* [1938], New York 1989; Geoffrey Bunn, *The truth machine. A social history of the lie detector*, Baltimore 2012; Dorothea Kohlmann, Die Ursprünge der psychophysiologischen Täterschaftsermittlung in Europa, Köln 1991.

²⁹ Ernst Rittershaus, Psychologische Tatbestandsdiagnostik. (Die sogenannte „Strafuntersuchung der Zukunft“), Jahrbücher der hamburgischen Staatskrankenanstalten 17, 1912, S. 85-104.

³⁰ *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir 1923); Segrave, Lie detectors.

³¹ Hanson, Testing, testing.

³² Martin T. Orne, Richard I. Thackray und David A. Paskewitz, On the Detection of Deception, in: Norman S. Greenfield und Richard Sternbach (Hrsg.), *Handbook of Psychophysiology*, New York 1972, S. 743-785.

³³ Vgl. stellvertretend: David Thoreson Lykken, The GSR in the lie detection of guilt, *Journal of Applied Psychology* 43 (1959), S. 385-388; ders., A Tremor In The Blood: Uses And Abuses Of The Lie Detector, New York, St. Louis und San Francisco 1981; William G. Iacono und alii, Use of Antianxiety Drugs as Countermeasures in the Detection of Guilty Knowledge, *Journal of Applied Psychology* 77 (1992), S. 60-64.

³⁴ o. A., Lügen kriegen noch kürzere Beine: Wie bei Blinddarmentzündung, *Der Spiegel* 5/1947, vom 1/02/1949, S. 30

³⁵ Insbesondere bayerische Gerichte, wie den Erläuterungen der Bekanntgabe n° 58, Verwendung des Lügendetektors im Strafverfahren, *JMBL* 3, 1951, S. 46, zu entnehmen ist, hatten darüber zu befinden.

³⁶ Thomas Würtenberger, Ist die Anwendung des Lügendetektors im deutschen Strafverfahren zulässig? *JZ* 6, 1951, S. 772-775, S. 773.

unter Bezug auf § 136a StPO zu den „verbotenen Vernehmungsmethoden“³⁷ damit, dass diese Anwendung zu werten sei „als ein Geständniszwang, als ein Rückfall in den Inquisitionsprozess, als ein Verrat am rechtsstaatlichen Prozeßdenken“³⁸. Vor dem Hintergrund einer Strafprozessordnung, die nicht darauf ausgelegt sei, den Beschuldigten über seine Rechte in Kenntnis zu setzen und in der „der Polizei das Hinwirken auf ein Geständnis nicht ausdrücklich verboten“ sei, weswegen dies „vielfach als zulässig angesehen“ würde,³⁹ appellierte Radbruch an „das rechtsstaatliche Ethos unseres Strafprozesses“⁴⁰.

Der Schutz des Status des Beschuldigten und Angeklagten als Subjekt in Ermittlungsverfahren und Strafprozess war für die Zeit der frühen Bundesrepublik in zweierlei Hinsicht nachgerade die zentrale Sorge: zum einen um das Beweisrecht gegenüber Beweiserhebungsformen „in Nachwirkung von Gestapo-Methoden“⁴¹ zu schützen, zum anderen um die Hierarchieverschiebung vom Strafprozess zu der vorgelagerten Ermittlungsarbeit, die im Dritten Reich stattgefunden hatte, rückgängig zu machen und eine klare Kompetenz-Abgrenzung vorzunehmen, denn „der Lie-Detector aber ist gerade deshalb so gefährlich, weil ihn auch die Polizei verwenden könnte.“⁴² Vorrangiges Ziel sei es, die Beschuldigten zu „befragen, jedoch ohne feindlich in sie zu dringen.“⁴³ Auch andere Autoren bestanden darauf, dass „auch nur das geringste Tatsachenwissen zu entlocken, als unzulässige Eingriffe in die gesetzlich geschützte freie Disposition des Beschuldigten“⁴⁴ zu werten seien. Mittels Polygraph würde eine „Erhebung eines seelischen Befundes eigener Art“ bezweckt. „Zwar stellt sie zunächst körperliche Symptome fest, aber nur als Ausdruck seelischer Reaktionen.“⁴⁵

Der „Lügendetektor“ zeige, so die mehrheitliche Meinung im Schrifttum dieser Jahre, die „Seele des Angeklagten“ durch die mittels dieses Verfahrens erzielten

„unwillkürlich[en]“, physiologischen „Aussagen“⁴⁶. Da aber die „Dispositionsfreiheit... unverzichtbar“⁴⁷ sei, könnten in der Vernehmung nur sichtbare „Ausdrucksbewegungen“ zwar Teil der Ermittlung werden, selbst diese aber dürften nicht als „eigener Beweis“⁴⁸ gewertet werden. In diesem Zusammenhang würde die Anwendung eines Polygraphen eine „Entpersönlichung“⁴⁹ bedeuten. Von mehreren Autoren wurde das Verfassungsprinzip der Menschenwürde ins Feld geführt gegen die Anwendung eines Polygraphen,⁵⁰ bis hin zu der drastischen Formulierung, dass die „Erzwingung einer Aussage... im Strafprozeß ... schlechthin verboten“⁵¹ sei.

Auch die mögliche Anwendung durch einen Sachverständigen im Rahmen der Hauptverhandlung wurde, wenn diese Möglichkeit in Erwägung gezogen wurde, abgelehnt: „Der Sachverständige, der nur ‚Gehilfe des Richters‘, nicht aber selbständiges Ermittlungsorgan ist, darf den Wirkungsbereich seiner Untersuchungsmethode auf keinen Fall weiter ausdehnen, als es dem Richter gestattet ist. Auch der Sachverständige ist gehalten, die Stellung des Beschuldigten als eines selbständigen Prozeßsubjekts unangetastet zu lassen.“⁵² Nur im Rahmen der polizeilichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren sei „der Beschuldigte selbst Beweismittel ... Ihm werden keinerlei Angaben entlockt. In seine freie Disposition darüber, was er aussagen will, wird in keiner Weise eingegriffen. ... Welchen Sinn hätten die Vorschriften über die Freiheit des Beschuldigten bei seiner Vernehmung, wenn ihm Angaben auf dem Wege eines Sachverständigenbeweises abgezwungen oder entlockt werden könnten?“ Auch „[d]as Einverständnis des Beschuldigten hebt diesen Widerspruch nicht auf. ... Er muß bei jeder einzelnen Frage die Antwort überlegen und frei darüber entscheiden können, ob und wie er sie geben will.“⁵³ Gerade in den ersten Jahren des Bestehens der Bundesrepublik hatten Freiheit und Würde der Persönlichkeit eine normative, grundlegende Bedeutung, um das verbindende Verknüpfungsprinzip von Individuum und Gesellschaft wieder zu begründen: „Aber die freie, gesicherte Persönlichkeit zählt zu den höchsten Werten des Einzelnen und der Gesamtheit.“⁵⁴

Etwa zeitgleich mit dem Ende dieser Diskussion im Schrifttum wurde durch den damaligen Bundesjustizminister Thomas Dehler in Abstimmung mit den Landesjustizverwaltungen in einer amtlichen Bekanntgabe zu der Verwendung des „sogenannten Lügendetektor[s]“ im

³⁷ § 136 a StPO: Die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Mißhandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder durch Hypnose.

³⁸ Gustav Radbruch, Grenzen der Kriminalpolizei, in: o. Hrsg., Festschrift für Wilhelm Sauer, Berlin 1949, S. 121-127, S. 123.

³⁹ Radbruch, Grenzen, S. 122.

⁴⁰ Ebd., S. 123.

⁴¹ Ebd., S. 123.

⁴² Ebd., S. 123. Die Tragweite der Notwendigkeit dieser klaren Abgrenzung wird noch deutlicher bei Würtenberger, der diese Überlegungen für den Sachverständigen, der auf richterliche Veranlassung tätig wird und damit für die Befürchtung des Missbrauchs gegenüber dem Einsatz in der Ermittlungsarbeit deutlich weniger Anlass geben könnte: „Der Sachverständige, der nur ‚Gehilfe des Richters‘, nicht aber selbständiges Ermittlungsorgan ist, darf den Wirkungsbereich seiner Untersuchungsmethode auf keinen Fall weiter ausdehnen, als es dem Richter gestattet ist.“ Er darf also nicht „auf Grund körperlicher Symptome nachweisbare psychische Vorgänge [offenlegen]“. Würtenberger, Anwendung, S. 774, Hervorhebung im Original.

⁴³ Radbruch, Grenzen, S. 124.

⁴⁴ Würtenberger, Anwendung, S. 773.

⁴⁵ Friedrich Nowakowski, Sind Verfahren zur Erzielung unwillkürlicher Äußerungen des Beschuldigten zulässig? Juristische Blätter 71 (1949), S. 4-8, Zitate beide S. 6, ebenso: Würtenberger, Anwendung S. 774.

⁴⁶ Würtenberger, Anwendung, S. 773, ebenso: Dr. Metz, Zur Frage der Zulässigkeit der Anwendung des „Lügendetektors“ im Strafverfahren, NJW 4 (1951), S. 752.

⁴⁷ Nowakowski, Verfahren, S. 7.

⁴⁸ Ebd., S. 8.

⁴⁹ Paul Bockelmann, Strafrichter und psychologischer Sachverständiger, GA 3 (1955), S. 321-335, S. 335.

⁵⁰ Schönke, zeitlich etwas später auch: Max Kohlhaas, Zur Anwendung des Lügendetektors, JR 7 (1953), S. 450-451 und ders., Die neuen wissenschaftlichen Methoden der Verbrechensaufklärung und der Schutz der Rechte des Beschuldigten, JR 14 (1960), S. 246-249, S. 247.

⁵¹ Würtenberger, Anwendung, S. 774.

⁵² Würtenberger, Anwendung, S. 774.

⁵³ Nowakowski, Verfahren, S. 6.

⁵⁴ Nowakowski, Verfahren, S. 8.

Strafprozess festgehalten, dass er „den Standpunkt der bayerischen Staatsanwaltschaften, die es bisher abgelehnt haben, einer Verwendung des Lügendetektors im Strafverfahren zuzustimmen, für zutreffend“ halte.⁵⁵ Hier wurde präzise der feine Grat zwischen Subjekt und Objekt des Verfahrens und der „körperlichen Untersuchung“ nach § 81 a StPO⁵⁶ und der des „Seelenleben[s]“ unterschieden: „Der B e s c h u l d i g t e ist nicht bloßes Objekt des Verfahrens, sondern in erster Linie Prozeßsubjekt.“⁵⁷ Die notwendige Bewahrung der Freiheit des Individuums wurde hier nochmal konkreter gefasst darin, dass bei einem Zulassen des Polygraphen auf freiwilliger Basis „Gefahr des Mißbrauchs“ bestünde, da „aus der Verweigerung der Zustimmung vermutlich nachteilige Schlüsse gezogen“ werden könnten.⁵⁸

Auch die Richter des Bundesgerichtshofs, die sich 1954 zu der Frage zu äußern hatten, stellten die Bedeutung des Individuums klar über das Ziel der Wahrheitsfindung und betonten die prinzipielle Unvereinbarkeit der Polygraphenuntersuchung mit dem Subjektstatus des Angeklagten. Dem vorausgegangen war eine Verfahrensrüge, da die vom Angeklagten geforderte Untersuchung mittels Polygraphen dessen durch den objektiven Tatbestand abgesicherte Schuld für einen vorgetäuschten Einbruch untermauert hatte.⁵⁹ Der erhoffte Entlastungsbeweis war nicht erbracht worden. Als Gründe für die Ablehnung wurde neben der Freiheit der Willensentschließung und -betätigung die Menschenwürde Art. 1 Abs. 1 GG ins Feld geführt, worin nicht nur auf das Schrifttum Bezug genommen wird, sondern auch das 1953 in Angriff genommene Projekt der Strafrechtsreform:

„Dem Gerät wird die Eignung nachgesagt, durch Messung und Aufzeichnung des Blutdrucks, der Pulszahl und der Atmungslänge mehr oder weniger unbewußte Körpervorgänge beim Untersuchten, die mit seinem – unter Umständen während der Befragung wechselnden – Seelenzustand engstens zusammenhängen, festzuhalten und dem mit dem Gerät vertrauten Psychologen bei Nichtbeantwortung einer Frage, mehr noch bei bewußt unrichtiger Beantwortung, Hinweise zu vermitteln, ob der Befragte innerlich gespannt oder mehr ‚gelöst‘ ist. Hält man dies, wohl entgegen dem Stande der Wissenschaft, für eine gesicherte Erkenntnis – ohne eine solche ist das Gerät von vornherein unbrauchbar –, so ergibt sich: Der Beschuldigte kann keine der Untersuchungsfragen wahrheitsgemäß, bewußt umsichtig, ausweichend beantworten oder übergehen, ohne daß zugleich

willensunabhängige, meist unbewußte, mit den Fragen wechselnde Körpervorgänge, die durch seelisch-leibliche Wechselwirkung zustande kommen, aufgezeichnet und vom Sachverständigen zur Beurteilung seiner Glaubwürdigkeit benutzt werden. ... Neben der bewußten und gewollten Antwort auf die Fragen ‚antwortet‘, ohne daß der Beschuldigte es hindern kann, auch das Unbewußte.

Ein solcher Einblick in die Seele des Beschuldigten und ihre unbewußten Regungen verletzt die Freiheit der Willensentschließung und -betätigung (§136 a StPO) und ist im Strafverfahren unzulässig.“⁶⁰ Deutlich stellte der Bundesgerichtshof klar, dass „[d]ie Tat ... auch ohne ... Zutun [des Angeklagten] auf justizförmigem Wege aufzuklären“ sei.⁶¹

III. Subjekt und Objekt des Rechts und die Reform der Strafprozessordnung

Die Akzentverschiebung der rechtswissenschaftlichen Diskussion im Laufe der 1970er Jahre von dem Anliegen der demokratischen Kontrolle des Rechts hin zu einer Stärkung der Institution Justiz kommentierte Grimm mit der Frage der „Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiepostulat?“⁶² und der Aufforderung zu einer „Arbeit an einer demokratischen Methodenlehre“⁶³. Bezüglich der Stellung des Angeklagten im Strafprozess hatte die Reform von 1974 den mit der kleinen Strafprozessreform beschrittenen Weg bestätigt.⁶⁴ 1975 zeichnete Karl Peters in seiner Einführung „Der neue Strafprozeß“ schließlich ein harmonisches Bild von einer miteinander verbundenen Doppelreform von materiellem Strafrecht und Strafprozessrecht.⁶⁵

Nachdem einige dieser neuen Regelungen im Zuge des RAF-Terrorismus und der -Prozesse zurückgenommen respektive eingeschränkt worden waren, nahm die Diskussion in den 1980er Jahren erneut Form an. Franziska Osterholzer hat die in der zeitgenössischen Wahrnehmung umstrittene Gesetzgebung als weitgehend „symbolische“ bewertet, die darauf abgezielt habe, dem Unsicherheitsgefühl damit zu begegnen, „indem sie Handlungs- und Problembewältigungsfähigkeit des Staates demonstrierten“⁶⁶. In den Augen der Zeitgenossen wurde dennoch der „rechtsstaatliche ‚Rückwärtsgang‘“⁶⁷ scharf kritisiert, etwa dass auf Zu-

⁵⁵ Bekanntgabe n° 58, Verwendung des Lügendetektors im Strafverfahren, JMBL 3, 1951, S. 46.

⁵⁶ § 81 a StPO zur „körperlichen Untersuchung“: ... Entnahmen von Blutproben und andere körperlich Eingriffe, die von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu Untersuchungszwecken vorgenommen werden, ohne Einwilligung des Beschuldigten zulässig [sind], wenn kein Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist.

⁵⁷ Bekanntgabe n° 58: „Es handelt sich hierbei zwar um eine körperliche Untersuchung. Eine solche darf aber nicht zu dem Zweck vorgenommen werden, um in den Bereich des Seelenlebens des Beschuldigten einzudringen, über den dieser nach dem erkennbaren Willen des Gesetzes die freie Verfügung haben soll.“

⁵⁸ Bekanntgabe n° 58.

⁵⁹ Landgericht Zweibrücken, 11/06/1953, 10 KMs 1/53.

⁶⁰ BGHSt 5, 1954, S. 332-338, S. 335.

⁶¹ Ebd., S. 334. Die wiederkehrende Formel von „justizförmig“ ist im gesamten Urteil so präsent wie es insgesamt zu jener Zeit die zentrale Formel ist, an der das Rechtssystem ausgerichtet wird. Vgl. dazu Heinz Koriath, Über Beweisverbote im Strafprozeß, Frankfurt am Main 1994, S. 30 ff.

⁶² Dieter Grimm, Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiepostulat?, JuS 1980, S. 704-709; siehe auch die Antwort von: Friedhelm Hase, Nochmals: Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiepostulat, JuS 1980, S. 794-798.

⁶³ Grimm, Reformalisierung, S. 709.

⁶⁴ 1. StVRG vom 9. Dezember 1974, BGBl. I 3393 und Gesetz zur Ergänzung vom 20. Dezember 1974 BGBl. I, 3693.

⁶⁵ Karl Peters, Der neue Strafprozeß, München 1975.

⁶⁶ Franziska Osterholzer, Änderungen der StPO im Zuge der Terrorismusbekämpfung, in: Martin Lönnig, Mareike Preisner, Thomas Schlemmer (Hrsg.), Reform und Revolte. Eine Rechtsgeschichte der 1960er und 1970er Jahre, Tübingen 2012, S. 243-265, Zitat S. 265.

⁶⁷ Erich-G. Bähr, Rechtsstaat und Strafgerichtsbarkeit, in: Medhdi

stimmung des Richters hin die Post des Beschuldigten durch die Staatsanwaltschaft geöffnet werden konnte.

Dies sowie die fortdauernde Änderung des Strafverfahrensrechts durch Vorschriften gab Anlass zu der Diagnose, dass „[d]ie Geschichte der Strafprozeßreform seit dem Inkrafttreten der Reichsstrafprozeßordnung vor einhundert Jahren am 1. Oktober 1879 ... die Geschichte ihrer Fehlschläge“ sei. „Wir sind –“, beklagte Rieß 1980, „trotz mancherlei verbaler Bekenntnisse zur Notwendigkeit einer Totalerneuerung des Strafverfahrensrechts – von ihr heute weiter entfernt als vor 70 Jahren.“⁶⁸ Und 1985 beklagte der Arbeitskreis deutscher und schweizerischer Strafrechtslehrer eine „Strafprozeßreform in Raten“.⁶⁹

Auch für diese zweite Phase der Reform des Strafprozessrechtes war der Versuch der Verbesserung der Stellung des Angeklagten das Leitprinzip. Insbesondere äußerte sich dies in der Einführung der sog. „Absprache“. Während frühere Befürworter von Reformen sich kritisch zu der „Verminderung des Machtgefälles im Strafverfahren als rechtspolitisches Problem“⁷⁰ äußerten, gewann die Absprache im Laufe der 1980er Jahre an Bedeutung. Auf die Kernvorschrift von § 153a StPO aufbauend, die zum 1. 1. 1975 in Kraft getreten war, wurden Absprachen zwischen insbesondere Staatsanwaltschaft und Verteidiger auch aufgrund der Diversifizierung von Delikten etwa im Fall von Wirtschaftskriminalität deutlich stärker angewendet.⁷¹ Dem Geiste der Entkriminalisierung der Strafreform entsprechend, wurde mit der Absprache die Möglichkeit für einen alternativen Verlauf des Strafverfahrens geschaffen respektive geregelt.⁷²

Schon weit vor dem klassischen Beitrag von „Detlef Deal aus Mauschelhausen“ von 1982 stand die Absprache in der Diskussion und bis heute müssen sich Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht immer wieder mit der heute so genannten „Verständigung“ befassen.⁷³ In der Auseinandersetzung der frühen 1970er Jahre war Gegnern die Absprache ein Aufweichen des inquisitorischen Strafprozesses. Die Gegenargumente gingen vom „Feilschen“⁷⁴ bis dazu, in der Verständigung ein Einbre-

chen des „plea bargaining“ aus dem angloamerikanischen adversatorischen Gerichtsverfahren zu sehen, in dem der Angeklagte gegen ein Schuldeingeständnis eine deutlich geringere Strafe erwarten kann. Gegen das in der Rechtstradition des adversatorischen Verfahrens den Angeklagten mit einer gewissen Stärkung seiner Position im Gerichtsverfahren ausstattende „plea bargaining“ wurde ins Feld geführt, dass diese Neuerung „die Wirkung staatlichen Strafens insgesamt stören“⁷⁵ könne.

Hinsichtlich der Stellung des Angeklagten wurde befürchtet, dass dieser überrumpelt und über seinen Kopf hinweg entschieden würde,⁷⁶ sowie dass mit der Absprache ein deutlicher Machtausbau der Position des Staatsanwaltes verbunden sei, der nun eine weitere Entscheidungsmacht erhalte über die Verfolgungswürdigkeit eines Deliktes.⁷⁷ Wenngleich mit der Absprache eine Verbesserung für Angeklagte kleinerer Delikte auch dadurch eintrat, dass solche Vereinbarungen nun legal getroffen wurden, was wiederum die Position des Verteidigers in der Absprache stärkte, blieb die Aus handlung doch in der Hand der juristisch Ausgebildeten am Prozess Beteiligten zwischen Staatsanwalt, Verteidigung und Richter, wie es Hans Dahs, Rechtsanwalt und Mitglied des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, ausdrückte: „Oft fühlt man sich als Verteidiger in diesen Fällen innerlich gedrängt, dem Klienten mittels ‚sanfter Bevormundung‘ das für ihn maximal günstige Ergebnis ein wenig zu oktroyieren. Es ist auch nicht zu bestreiten, daß vielfach der Verteidiger besser als sein Klient weiß, welches Prozeßverhalten für diesen ‚gut‘ und allein geeignet ist, ein noch erträgliches Verfahrensergebnis zu erreichen.“⁷⁸

IV. Der Entlastungsbeweis in der Diskussion. An die Grenzen der Reformfähigkeit heran

Ähnlich der Absprache, wurde die rechtswissenschaftliche Diskussion um den Entlastungsbeweis durch eine sachverständige Untersuchung per Polygraph von der Grundüberlegung getragen, eine Art Situation von „Waffengleichheit“ für den Angeklagten zu schaffen.

1975 lancierte eine der Schlüsselfiguren der deutschen Rechtspsychologie in der frühen Bundesrepublik, Udo Undeutsch, nach der Rückkehr von einem Forschungsaufenthalt in den USA in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft einen Vorstoß zugunsten der Polygraphie. In den 1970er Jahren hatte die Frage des Beweiswertes einer polygraphischen Untersuchung vor US-amerikanischen Gerichten erneut Aktualität erlangt und sie war von zahlreichen Gerichten in zivilrechtlichen Auseinandersetzungen zugelassen worden, wenn beide

Tohidipur, Der Bürgerliche Rechtsstaat, Bd. 2, Frankfurt/Main 1978, S. 565-590, S. 571.

⁶⁸ Peter Rieß, Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrecht, in: Helwig Hassenpflug (Hrsg.), Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag, Berlin, New York 1980, S. 155-221, S. 155.

⁶⁹ Alternativ-Entwurf. Novelle zur Strafprozeßordnung. Reform der Hauptverhandlung, Tübingen 1985, Einführung, S. 1.

⁷⁰ Rudolf Wassermann, Die Verminderung des Machtgefälles im Strafverfahren als rechtspolitisches Problem, Hans-Ludwig Schreiber, Rudolf Wassermann (Hrsg.), Gesamtreform des Strafverfahrens, Darmstadt 1987, S. 25-35.

⁷¹ Bernd Schünemann, Zur Entstehung des deutschen 'plea bargaining', in: Stephan Lorenz u. a. (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 1177-1195, S. 1180.

⁷² Kritik siehe etwa: Erich-G. Bähr, Rechtsstaat und Strafgerichtsbarkeit, S. 572.

⁷³ In seinem Urteil von 2013 hat das BVerfG den Gesetzgeber dazu aufgefordert, nach der 2009 getroffenen gesetzlichen Regelung von § 257 c StPO nochmals klarere Grenzen zu ziehen und erneut zu denken gegeben, inwieweit die heutige Praxis dem Geist der „Verständigung“ entspricht.

⁷⁴ Vgl. die Zusammenfassung von Friedrich Dencker, Die Bagatell-

delikte im Entwurf eines EGStGB, JZ 28, 1973, S. 144-151, S. 147.

⁷⁵ Dencker, Bagatell delikte, S. 147.

⁷⁶ Eberhard Schmidhäuser, Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozeß?, JZ 28, 1973, S. 529-536, S. 531 ff.

⁷⁷ Dencker, Bagatell delikte S. 147.; für befürwortende Positionen, vgl. etwa: Werner Schmidt-Hieber, Vereinbarungen im Strafverfahren, NJW 1982, S. 1017-1021.

⁷⁸ Hans Dahs, Absprachen im Strafprozeß. Chancen und Risiken, NSTz 1988, S. 153-159, S. 156 f.

Streitparteien sich im Vorfeld auf die Gültigkeit des Ergebnisses geeinigt hatten.⁷⁹

Undeutschs „Anfrage“ nahm in erster Linie Bezug auf die einflussreiche von Karl Peters in drei Bänden unternommene Untersuchung über Fehlerquellen im Strafprozess, der dort Ermittlungsfehler, Falschaussagen und Wiederaufnahmen nachzeichnete und verschiedene formale Fehler identifizierte, darunter auch das Sachverständigengutachten.⁸⁰ Undeutsch setzte an dieser Stelle mit seiner Argumentation an, die „Befragungskunst“⁸¹ mit der Aufzeichnung der „unwillkürlichen Ausdrucksbewegungen“ objektivieren zu wollen.

Sein Argument zielte darauf, die 25 Jahre zuvor gemachten Annahmen, auf denen die Ablehnung des Polygraphen beruhte, auszuräumen: dass der Polygraph „mit Gestapo-Methoden sowieso nichts zu tun“⁸² habe; und er interpretierte den abstrakten Begriff des Zwangs auf der konkreten Ebene des Verfahrens, nicht in Bezug auf den abstrakten, juristischen Gesamtzusammenhang eines möglichen indirekten Zwangs. Bislang sei man „...offenbar der Meinung, selbst eine freiwillige Untersuchung mit dem Polygraphen beeinträchtigt ‚die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung‘. Die Berechtigung dieses Arguments ist nicht leicht einsehbar, zumal im Falle einer freiwilligen Untersuchung mit dem Polygraphen keine der in den Absätzen 1 und 2 des § 136 a aufgeführten Arten der Willensbeeinträchtigung vorliegt. Es steht dem Untersuchten nicht nur frei, ob er sich dieser Überprüfung unterziehen will oder nicht, sondern zuvor werden ihm die Apparatur, die physiologischen Grundlagen und die Auswertungsmethode erklärt und, wenn er einverstanden ist, in einem Vorversuch an ihm selbst demonstriert.“⁸³ Diese Konfrontation der beiden Bedeutungen des Zwangs und der freien Willensentscheidung ebnete in nicht unerheblicher Weise der nachfolgenden rechtswissenschaftlichen Diskussion den Weg.

Auch argumentierte der Autor gegen die Idee eines qualitativen Unterschiedes zwischen Beobachtung und polygraphischer Untersuchung: „Wo aber der BGH eine Kluft annimmt, besteht in Wirklichkeit eine kontinuierliche Steigerungsreihe, die keine Einschnitte aufweist... Es ist unzutreffend, daß es sich um sonst ‚verborgene Körpervorgänge‘ handelte. Das Gerät erbringt keine grundsätzlich neuen, ohne seinen Einsatz absolut unerreichbaren

Symptome, sondern es vervollständigt und sichert (objektiviert) die Beobachtung von Ausdruckserscheinungen, die an sich auch ohne seinen Einsatz wahrnehmbar wären oder zumindest sein könnten.“⁸⁴ In Bezug auf die Zuverlässigkeit des Verfahrens brachte er die Erfahrung des Prüfers und die Kenntnis der Anwendungstechnik ins Feld unter Verweis auf die ‚Fehlerquelle‘ der gerichtlich weithin akzeptierten psychiatrischen Begutachtung und den Umstand, dass „[d]ie Erfahrungen mit anderen Arten von Untersuchungen ... dagegen sehr viel weniger günstig“⁸⁵ seien.

Die unmittelbare Antwort von Karl Peters, der 1967 bereits in dem von Undeutsch herausgegebenen Handbuch publiziert hatte, hingegen wiederholte zunächst die Argumente, die 25 Jahre zuvor bereits geformt worden waren. Er bestand auf den abstrakten, juristischen Begriff der Freiheit „weil nicht das, was er willentlich erklärt (ja/nein) Gegenstand der Kenntnisnahme ist, sondern das, was sich unwillentlich an Symptomen ergibt.“⁸⁶; und verknüpfte damit den Schutz vor dem Zwang: „Die Frage der Zulässigkeit einer Maßnahme kann nicht nur vom einzelnen Betroffenen her beantwortet werden. Vielmehr muß der strafprozessuale Gesamtzusammenhang berücksichtigt werden. Dabei ist die Frage zu stellen, inwieweit diejenigen, die sich dem Test nicht unterziehen wollen, sich noch frei gegen ihn entscheiden können. ... Damit wird ein grundlegender Satz des Strafprozesses, daß sich niemand zur Sache zu äußern brauche, im Kern angetastet.“⁸⁷ Ebenso bestand er auf dem qualitativen Unterschied, Apparaturen wie Verstärker von „Geräte[n] zum Hörbarmachen an sich unhörbarer Frequenzen“ zu unterscheiden, da diese „nicht mehr der akustisch notwendigen Herstellung des gegenseitigen Gesprächs“ dienten.⁸⁸

Zunächst blieb innerhalb dieses Austausches auch das Prinzip bestehen, dass „der Mensch ...nicht vergegenständlicht werden [kann]“⁸⁹. Wichtiger aber als dieses Prinzip wurde aus aktuellem Anlass der Prozessrechtsreform die Unzulässigkeit des Polygraphen auf der Grundlage des Verhältnisses von Richter und Sachverständigem. Anders als der Richter sei der Sachverständige „Beweismittel, nicht anders wie der Zeuge. Der Begriff

⁷⁹ Vgl. *United States v. Ridling*, 350 F. Supp. 90 (E.D. Mich. 1972); text accompanying notes 62-77 *infra*; *United States v. Zeiger*, 350 F. Supp. 685 (D.D.C.), *rev'd per curiam*, 12 CRIM. L. REP. 2135 (D.C. Cir. Nov. 9, 1972); text accompanying notes 77-82 *infra*; 5. *State v. Watson*, 115 N.J. Super. 213, 278 A.2d 543 (Hudson Cty. Ct. 1971). Wichtig ist in diesem Kontext auch sich vor Augen zu führen, dass Undeutsch Psychologie in Jena bei Friedrich Sander, dem letzten Assistenten von Wilhelm Wundt, studiert hatte. Vgl.: Udo Undeutsch, *Selbstdarstellung* 404 f.

⁸⁰ Karl Peters, *Fehlerquellen im Strafprozess*, Karlsruhe 1970-74, 3 Bde.

⁸¹ Udo Undeutsch, *Die Verwertbarkeit unwillkürlicher Ausdruckserscheinungen bei der Aussagenwürdigung: Eine Anfrage von psychologischer Seite*, ZStW 87, 1975, S. 650-662, S. 650, *Hervorhebung im Original*.

⁸² Undeutsch, *Verwertbarkeit*, 1975, S. 657.

⁸³ Ebd., S. 657.

⁸⁴ Ebd., S. 659. *Hervorhebung im Original*. Vgl. so etwa: „Es ist öfters behauptet worden, bei jeder Vernehmung würden bestimmte Ausdrucksbewegungen des Beschuldigten, wie sein Mienenspiel und seine Bewegungen, vom Vernehmenden registriert, ohne daß daraus der Schluß auf die Unzulässigkeit der Verwertung solcher Erfahrungstatsachen bei Vernehmungen zu ziehen wäre. ... Davon unterscheidet sich aber die neue Methode der Registrierung unwillkürlicher Ausdrucksbewegungen wesentlich. Hier begnügt man sich nicht wie bei sonstigen Vernehmungen mit der Registrierung dessen, was bloßer „Augenschein“ darbierte, sondern man versucht, in das bisher verborgene inner-seelische Gefüge der Persönlichkeit selbst einzudringen, um etwas, das bislang vielleicht nur im Unterbewußten gegenwärtig war, zu enthüllen.“ Württemberg, *Anwendung*, S. 773

⁸⁵ Ebd., S. 667.

⁸⁶ Karl Peters, *Eine Antwort auf Undeutsch: Die Verwertbarkeit unwillkürlicher Ausdruckserscheinungen bei der Aussagenwürdigung*, ZStW 87, 1975, S. 663-679, S. 677.

⁸⁷ Ebd., S. 676.

⁸⁸ Ebd., S. 671.

⁸⁹ Ebd., S. 671.

des Richtergehilfen hat viel Verwirrung angerichtet“⁹⁰: „Nicht dagegen ist es Aufgabe des Sachverständigen mit der Glaubwürdigkeitsbegutachtung die Schuldfrage zu verknüpfen.“⁹¹

Aufgabe von „Rechtswissenschaft und der Strafrechtspflege“ sei es, „die Bahnen aufzuzeigen, auf denen die psychologischen Erkenntnisse fruchtbar gemacht werden können, und die Grenzen aufzuzeigen, die einer Psychologisierung des Strafverfahrens aus rechtlichen Gründen entgegenstehen.“⁹²

Vier Jahre später wurde die Kontroverse unter geänderten Vorzeichen fortgeführt. Die Kritik an der „Fiktion eines zwangsweisen Tests“⁹³ verweist bereits auf die Bereitschaft nach 1979, in einer rechtspolitisch entspannteren Phase nach den RAF-Prozessen, die Frage von Individuum und Strafrecht neu aufzunehmen. Entgegen der herrschenden Meinung dreißig Jahre zuvor wurde an dieser Stelle das konkrete Recht des Einzelnen über das abstrakte juristische Prinzip gestellt: „Die Verweigerung eines – vielleicht des schlechthin entscheidenden! – Entlastungsmittels ist gegenüber den Betroffenen auch nicht mit der Begründung zu rechtfertigen, er müsse den Nachteil hinnehmen, weil die Zulässigkeit des Polygraphen bei anderen Betroffenen (konkret: schuldigen Tätern) unerfreuliche oder gar rechtlich bedenkliche Konsequenzen haben könne. ... Das nötigt im Extremfall zu der zynischen Devise gegenüber einem Unschuldigen: ‚Von Deinem – hoch zuverlässigen – Entlastungsbeweis nehmen wir keine Kenntnis und verurteilen Dich, denn das Erhebungsverfahren könnte anderen schuldigen(!) Straftätern nachteilig sein!‘“⁹⁴

Auch das Problem der Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung wurde durch die Konfrontation von Prinzip und konkretem Sachverhalt vorgeblich beseitigt: „Recht eigentlich verrät er damit keine besonderen seelischen Gehalte, sondern offenbart nur eine Lücke, nämlich das Fehlen des Lügenmechanismus, die Abwesenheit eines schlechten Gewissens.“⁹⁵ Auch das Problem belastender negativer Testergebnisse⁹⁶ wurde durch die Überlegung beseitigt, nur die entlastenden Ergebnisse juristisch zu verwerten, nicht aber Auskunft darüber zu geben, ob ein Ergebnis ‚unentschieden‘ oder ‚veritabel ‚negativ‘ ausgefallen sei.“⁹⁷

In diese Diskussion fiel 1981 der Beschluss des Dreier-

ausschusses des Bundesverfassungsgerichts über die Nichtannahme einer Verfassungsklage in Bezug auf den Polygraphen. Das Landgericht Mannheim hatte erstinstanzlich den Antrag ignoriert,⁹⁸ worin der Bundesgerichtshof auf gestellten Revisionsantrag hin keinen Formfehler identifiziert hatte, auf einen solchen gestellten Antrag nicht einzugehen, da „kein Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten“⁹⁹ begangen worden sei. In seiner Stellungnahme besteht der Dreierausschuss darauf, dass die „Durchleuchtung“ der Person, welche „die Aussage als deren ureigenste Leistung entwertet und den Untersuchten zu einem bloßen Anhängsel eines Apparates werden lässt, ... in unzulässiger Weise in das durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Persönlichkeitsrecht des Betroffenen“ eingreife, „das der Wahrheitserforschung im Strafverfahren Grenzen setzt.“¹⁰⁰ An der normgetreuen Interpretation des Subjektstatus wurde festgehalten. Zwar wurde das Prinzip der „Menschenwürde“ durch das des „absolut geschützten Kernbereich[s] der Persönlichkeit“¹⁰¹ ersetzt, dennoch blieb das Bundesverfassungsgericht bei der Nichtzulässigkeit des polygraphischen Gutachtens:

„An der Unzulässigkeit einer derartigen Beweiserhebung ändert auch die Einwilligung des Beschwerdeführers nichts. Selbst wenn man es als erlaubt ansehen wollte, dem Beschwerdeführer die Dispositionsmacht über die in Frage stehenden Rechte einzuräumen, schied hier eine wirksame Einwilligung aus. Eines Schutzes gegen staatliche Eingriffe bedarf nur derjenige nicht, der wählen kann. Die Freiheit hat der von empfindlicher Freiheitsstrafe bedrohte Angeklagte tatsächlich nicht, dem sich die Untersuchung durch den ‚Lügendetektor‘ als eine günstige Gelegenheit darstellen muß, die er nicht ausschlagen darf.“¹⁰²

Das inquisitorische Prinzip des Strafverfahrens wurde an dieser Stelle gegen eine rechtswissenschaftliche Innovation verteidigt mit dem Verweis auf ein grundsätzlich „faïres, rechtsstaatliches Verfahren“¹⁰³. Nach wie vor galt in einer normgetreuen Interpretation des Subjektstatus, dass „[e]ine derartige ‚Durchleuchtung‘ der Person, welche die Aussage als deren ureigene Leistung entwertet und den Untersuchten zu einem bloßen Anhängsel eines Apparates werden lässt“¹⁰⁴, unzulässig ist.

Seitens der Rechtswissenschaft wurde der Dreierbeschluss kritisch aufgenommen, sowohl in Bezug auf den Status des Prozesssubjekts wie auch auf den Polygraphen. Die ersten Reaktionen ließen Unverständnis darüber verlauten, dass ein Unschuldsbeweis mit einer

⁹⁰ Ebd., S. 669, S. 672 ff.

⁹¹ Ebd., S. 676.

⁹² Ebd., S. 677.

⁹³ Jürgen Schwabe, Rechtsprobleme des „Lügendetektors“, NJW 32 (1979), S. 576–582, S. 576.

⁹⁴ Ebd., S. 579 f.

⁹⁵ Ebd., S. 579.

⁹⁶ Ebd., S. 579 f.

⁹⁷ Matthias Delvo, Der Lügendetektor im Strafprozeß der USA: eine Auswertung und kritische Würdigung der U.S.-amerikanischen Fachliteratur zum Thema ‚Wissenschaft der Polygraphie‘, der Rechtsprechung und der juristischen Literatur im Hinblick auf eine mögliche Verwertbarkeit der Polygraphen im Strafverfahren der Bundesrepublik Deutschland, Königstein 1981. Es sei an dieser Stelle erwähnt, dass hier, wie auch später, innerhalb der Rechtswissenschaften die Differenzierung unterbleibt, dass sog. Wahrheits- und Lügendetektion auf jeweils anderen Techniken des Fragens beruhen.

⁹⁸ Landgericht Mannheim, 10/06/1980, 2 Kls 3/80 im Urteil selbst findet sich kein Verweis auf den Polygraphen. Zur Erläuterung des Falles vgl.: NJW 1982, S. 375, wo an den Abdruck des Nichtannahmebeschlusses 2 BvR 166/81 eine kurze Erläuterung angefügt ist.

⁹⁹ BGH, 30/12/1980, 3 StR 476/80.

¹⁰⁰ 2 BvR 168/81, Dreierbeschluss vom 18/08/1981, S. 2.

¹⁰¹ Ebd., Zu dieser terminologischen Veränderung im obersten Richterspruch der Schweiz einige Jahre zuvor siehe: Robert Hauser, Probleme und Tendenzen in der Gesetzgebung über das Strafrecht, Kriminalistik 32 (1978), S. 514–517.

¹⁰² 2 BvR 168/81, Dreierbeschluss vom 18/08/1981, S. 3.

¹⁰³ Ebd., S. 2.

¹⁰⁴ Ebd.

Sicherheit von 90 % zurückgewiesen wurde, da es sich eben nicht um einen Schuldbeweis handele und in dem Sinne „es reicht, wenn dieser Test geeignet ist, bestehende Gewissheiten zu erschüttern“¹⁰⁵, das Prinzip in dubio pro reo greife. Während die Justiz die Norm des Prozesssubjekts sicherte, versuchten progressive Rechtswissenschaftler den Subjektstatus darin als gesichert zu verankern und neu zu begründen, dass dem angeklagten Rechtssubjekt das Recht auf das Privatinteresse einer Selbstverteidigung zukomme: der „Bürger... opfert die Freiheit zu ungehinderter Selbstdarstellung... zeitweise auf, um dadurch dauerhaft die persönliche Freiheit zu sichern, die der Staat nach Lage der Dinge legitimerweise bedroht.“¹⁰⁶

In diesem Sinne wurde das richterlicherseits mobilisierte, in den 1950er Jahren auch in den Rechtswissenschaften breit entwickelte Argument eines Missbrauchs durch impliziten Zwang ad absurdum geführt: „Jedenfalls wird niemand ernsthaft die These stützen wollen, der Beschuldigte mache sich durch sein Schweigen verdächtiger, als wenn er von seinem Aussagerecht Gebrauch machen würde ... Ließe man derartige Rückschlüsse zu, hieße dies, den Beschuldigten aus der Rolle des Verfahrenssubjekts zu entfernen. ... Genauso verhält es sich aber, wenn dem Beschuldigten die Möglichkeit eines freiwilligen Tests eingeräumt wird: der Beschuldigte kann zu diesem Mittel greifen (wie zu der Aussage) mit der Konsequenz, daß eine Verwertung für und gegen ihn ermöglicht wird.“¹⁰⁷

In der Folge kam die rechtswissenschaftliche Diskussion jedoch schnell zum Erliegen. Dies lag weniger an dem seitens der Kritiker hervorgebrachten Zweifel an der Zuverlässigkeit des Verfahrens, sondern daran, dass der geforderte Gesetzgeber sich nicht zu einer Reform in diese Richtung bewegen ließ.¹⁰⁸ Auch ein Aufruf an die Anwaltschaft erging „hier nicht locker zu lassen“¹⁰⁹, um jenes Recht auf einen Entlastungsbeweis auszufechten.

V. Der Strafprozess und die Strafrechtswissenschaften ohne Polygraph

1981 wies das Oberlandesgericht Frankfurt am Main den Polygraphen – um sich der Richtigkeit der Entscheidung sicher zu sein – konform zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes von 1954 unter Verweis auf § 136 a StPO und der „Freiheit der Willensentschließung

und der Willensbetätigung des Beschuldigten“ zurück,¹¹⁰ ohne jegliche Erwähnung der Reaktionen auf den Dreierbeschluss. 1998, nach einigen Jahren erfolgreicher Vermittlung in zivilrechtlichen Sorgerechtsstreitigkeiten, wurde das polygraphische Entlastungsgutachten vom Bundesgerichtshof für „völlig ungeeignet“¹¹¹ erklärt.

Die von der zeitgeschichtlichen Forschung für den Zeitraum zwischen den 1950er und 1970er Jahren beschriebene Entwicklung der Liberalisierung ist definiert worden als von „Partizipation, Demokratisierung und Pluralisierung“ geprägte „Dynamisierungen der politischen Umorientierungsprozesse... sowohl im Bereich der Normen als auch von kulturellen Orientierungen und Mentalitäten“¹¹². Die heuristischen Grenzen dieser Verhältnisbestimmung zwischen Demokratisierung und Liberalisierung werden deutlich, sobald das Zeitfenster wie hier geschehen um einige Jahre ausgeweitet wird. Die Diskussion um die konkrete Ausgestaltung des Strafprozesses und den Polygraphen in den 1970er und 1980er Jahren zeigt deutlich, dass Demokratisierung und Liberalisierung nicht deckungsgleich sind und, wie bereits von Jörg Requate und Dieter Simon aufgezeigt, Demokratisierung im Recht nur in sehr eng gesteckten Ausmaßen erreicht werden konnte und kann. Insbesondere das kontinentaleuropäische Strafrecht verschließt sich vor Demokratisierungstendenzen, die von außen an es herangetragen werden. Anders als die „Absprache“, die eine bereits existierende Praxis legalisiert und in der Hand der Rechtskundigen zum Schutze und im Interesse des Angeklagten bleibt, kann sich das polygraphische Aussagegutachten als Gegengewicht nicht etablieren.

In der Auseinandersetzung um den Entlastungsbeweis wird auch deutlich, wie die von Grimm als solche benannte Reaktion der „Methode als Machtfaktor“ das Rechtssystem strukturiert. Der Versuch, den Schutz des Angeklagten umzuinterpretieren und die Spannung zwischen abstraktem, juristischem Konzept und der konkreten Sachlage abzubauen, scheitert und verläuft im Sande.

¹⁰⁵ Knut Amelung, Verwendung eines Lügendetektors, NStZ 2 1982, S. 38-40, S. 39, vgl. auch: Jürgen Schwabe, Der „Lügendetektor“ vor dem Bundesverfassungsgericht, NJW 35, 1982, S. 367-368, S. 367.

¹⁰⁶ Amelung, Verwendung, S. 38.

¹⁰⁷ Vgl.: Olaf Klimke, Der Polygraph im Strafverfahren, NStZ 1 (1981), S. 433-434, S. 433; auch: Amelung, Verwendung eines Lügendetektors, S. 38.

¹⁰⁸ Cornelius Prittwitz, Der Lügendetektor im Strafprozeß, MDR 36 (1982), S. 886-895, S. 895. Im Wahlkampf 1998 spielte diese Frage zugespitzt nicht auf den Entlastungsbeweis, sondern auf „den Polygraphen“ eine gewisse Rolle, vgl.: o. A., „Beim Lügendetektor-Test ist noch zu vieles ungeklärt“, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 20/9/1998, S. 5; o. A., „Lügendetektor-Test nicht überschätzen“ – Schmidt-Jortzig: Nur ein Beweismittel unter vielen, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 14/9/1998, S. 4.

¹⁰⁹ Schwabe, Der „Lügendetektor“, S. 368.

¹¹⁰ OLG Frankfurt am Main, 1 Ws 36-38, 88, 23/2/1988.

¹¹¹ BGH, 17/12/1998, 1 StR 156/98, in: BGHSt 44, 2000, S. 308-328 und BGH, 24/06/2003, VI ZR 327/02.

¹¹² Herbert, Liberalisierung als Lernprozeß, S. 9 f.

Von der Todesstrafe zum Freispruch. Die „Penzberger Mordnacht“ vom 28./29. April 1945 und die westdeutsche Nachkriegsjustiz

Arnd Koch und Julia Siebenhüter

Mere days before the end of the Second World War, units of the Wehrmacht and the SS shot and hanged 16 persons in the Bavarian mining town of Penzberg. This article reconstructs the events and explores for the first time the widely failed juridical analysis of the crime after 1945. Beginning with the example of Penzberg, the article illustrates how West German courts in the post-war era, within a few years, succeeded to reinterpret the events by means of seemingly “solely dogmatic” reasoning and legal interpretation.

Quelques jours à peine avant la fin de la Seconde Guerre Mondiale, la Wehrmacht et la Waffen-SS abattirent et pendirent 16 d’habitants de Penzberg, une ville des mineurs bavaroise. Cet article reconstruit les événements historiques et analyse l’élucidation du crime qui n’était pas encore traité avec soin depuis 1945. Avec l’exemple de « Penzberg », on démontre que la justice ouest-allemande d’après-guerre réinterpréta l’argumentation et l’interprétation juridique pseudo-dogmatiques de l’événement en cours de quelques années.

Wenige Tage vor Ende des Zweiten Weltkriegs erschossen und erhängten Wehrmacht- und SS-Einheiten in der bayerischen Bergarbeiterstadt Penzberg 16 Menschen. Der Beitrag rekonstruiert die Ereignisse und analysiert erstmals die weitgehend gescheiterte juristische Aufarbeitung des Verbrechens nach 1945. Ausgehend vom Beispiel „Penzberg“ wird gezeigt, mit Hilfe welcher scheinbar „rein dogmatischer“ Argumentationen und Rechtsauslegungen der westdeutschen Nachkriegsjustiz binnen weniger Jahre eine Umdeutung des Geschehens gelang.

I. Einführung

„Die letzten Tage des zweiten Weltkrieges ließen über die oberbayerische Bergarbeiterstadt Penzberg ein Geschehen von furchtbarer Tragik hereinbrechen. Am Abend des 28. April 1945 wurden 16 Penzberger Männer und Frauen von deutschen Landsleuten umgebracht. Nach langen und schwierigen Ermittlungen ist es nach mehr als drei Jahren gelungen, in der Person von 17 Angeklagten wenigstens einen Teil der für diese Bluttat Mitverantwortlichen vor das irdische Gericht zu stellen.“¹ Mit diesen Sätzen leitete das Landgericht München II im Jahr 1948 seine Urteilsbegründung zur sog. „Penzberger Mordnacht“ ein. Das Geschehen gilt im historiographischen Schrifttum als eines der grausamsten der Endphasenverbrechen². Die Opfer, vorwiegend ehemalige Sozialdemokraten und Kommunisten, waren einer beispiellosen Menschenjagd zum Opfer gefallen. Das Münchner Urteil bildete den Auftakt zu einer Serie von

15 Gerichtsentscheidungen³. Die Prozesse, die mit Todesstrafen und langjährigen Freiheitsstrafen begannen, endeten Mitte der 1950er Jahre mit Freisprüchen und Einstellungen. Wie in einem Brennglas lassen sich am Penzberger Beispiel die Schwierigkeiten der westdeutschen Nachkriegsjustiz im Umgang mit NS-Verbrechen veranschaulichen. Der Beitrag will – auch unter Sichtung bislang nicht ausgewerteter Archivmaterialien – aufzeigen, mit Hilfe welcher Rechtsfiguren und Auslegungen die juristische Umdeutung des Geschehens gelang. Nicht der Gesetzgeber, so die Ausgangsthese, erzwang Freisprüche und milde Strafen, maßgeblich war

³ Die Mehrzahl der Entscheidungen ist dokumentiert bei Christiaan F. Rüter (Hrsg.), Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen, Amsterdam 1968 ff. Die übrigen Urteile sind im Bayerischen Staatsarchiv einsehbar.

Hauptprozess gegen Zöberlein, Bauernfeind, Ohm et. al.:

– LG München II vom 7.8.1948 (1 Kls 52/48), in: Rüter, Bd. III, 1969, Lfd. Nr. 078a, S. 67-99.

– LG München II vom 4.4.1949 (4 Kls 52/48), in: Staatsarchiv München, Staatsanwaltschaft, 34876/18, S. 123-134.

– OLG München vom 8.12.1949 (1 Ss 56/49, 113/49), in: Rüter, Bd. III, 1969, Lfd. Nr. 078b, S. 100-128.

– LG Augsburg vom 17.4.1950 (Ks 2/50), in: Rüter, Bd. VI, 1971, Lfd. Nr. 208, S. 441-445.

– BayObLG vom 29.11.1950 (III 33/50), in: Rüter, Bd. VIII, 1972, Lfd. Nr. 287b, S. 652-657; vollständig in: Staatsarchiv München, Staatw., 34876/19.

– LG Augsburg vom 30.6.1951 (Ks 2/50), in: Rüter, Bd. VIII, 1972, Lfd. Nr. 287a, S. 561-651.

– BGH vom 23.9.1952 (1 StR 750/51), in: Rüter, Bd. XIII, 1975, Lfd. Nr. 426b, S. 506-512.

– LG Augsburg vom 16.1.1954 (KS 2/50), in: Staatsarchiv München, Staatw. 34876/44.

– BGH vom 4.10.1955 (1 StR 634/54), in: Rüter, Bd. XIII, 1975, Lfd. Nr. 426c, S. 513-520.

– LG München II vom 2.2.1956 (Ks 16/55), in: Rüter, Bd. XIII, 1975, Lfd. Nr. 426a, S. 479-505.

– BGH vom 12.3.1957 (1 StR 456/56), in: Rüter, Bd. XIII, 1975, Lfd. Nr. 426d, S. 521-524.

– LG München II vom 6.6.1957 (Ks 16/55), in: Staatsarchiv München, Staatw. 34876/32.

Prozess gegen Angehörige der Todeskommandos:

– LG München II vom 13.2.1956 (3 Ks 10a-g/55), in: Rüter, Bd. XIII, 1975, Lfd. Nr. 427a, S. 527-565.

– BGH vom 22.1.1957 (1 StR 321/56), in: Rüter, Lfd. Nr. 427b, Bd. XIII, 1975, S. 566-583.

– LG München II vom 8.6.1957 (3 Ks 10/55), in: Rüter, Lfd. Nr. 447, Bd. XIV, 1976, S. 236-260.

Die zur „Penzberger Mordnacht“ ergangenen Strafurteile sind im folgenden Text mit Gericht, Entscheidungsjahr und laufender Nummer bei Rüter zitiert.

¹ LG München II vom 7.8.1948 (1 Kls 52/48), in: Christiaan F. Rüter (Hrsg.), Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen, Bd. III, Amsterdam 1969, Lfd. Nr. 078a, S. 68 f.

² So Ian Kershaw, Das Ende. Kampf bis in den Untergang – NS-Deutschland 1944/45, München 2011, S. 471. Aus der neueren Literatur Andreas Eichmüller, Keine Generalamnestie. Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen in der frühen Bundesrepublik, München 2012, S. 119; Sven Keller, Volksgemeinschaft am Ende. Gesellschaft und Gewalt 1944/45, München 2013, S. 188 f.

vielmehr der fehlende richterliche Bestrafungswille, der in fragwürdigen rechtsdogmatischen Konstrukten und angreifbaren Beweiswürdigungen seinen Ausdruck fand.

In einem ersten Schritt gilt es im Folgenden, die Ereignisse der „Penzberger Mordnacht“ in knapper Form zu rekonstruieren (unten, II.). Sodann wird die juristische Aufarbeitung der Verbrechen durch die westdeutsche Nachkriegsjustiz in den Blick genommen (unten, III.). Es folgt eine Analyse der juristischen Argumentationsmuster, mit deren Hilfe den Gerichten binnen weniger Jahre eine Umwertung des Geschehens gelang (unten, IV.). Abschließend werden die für den „Fall Penzberg“ gewonnenen Ergebnisse in den Kontext der westdeutschen Aufarbeitung von NS-Unrecht gestellt (unten, V.).

II. Die „Penzberger Mordnacht“ – Rekonstruktion⁴

1. Der Penzberger Umsturzversuch

Auslöser der Penzberger Ereignisse war ein gescheiterter Umsturzversuch in München. Dort besetzte die Widerstandsgruppe „Freiheitsaktion Bayern“ (FAB) in der Nacht zum 28. April 1945 zwei Radiostationen⁵. Zu diesem Zeitpunkt hatten die amerikanischen Truppen bereits große Teile Bayerns befreit. Nach der Einnahme Augsburgs und Landsbergs stand der Vormarsch auf München unmittelbar bevor. Die Widerstandsgruppe sendete – voreilig – in mehreren Sprachen und in dichten Intervallen die Botschaft durch Oberbayern, dass man die Nationalsozialisten in München entmachtet habe. An die Bevölkerung wurde appelliert, die lokalen NS-Machthaber abzusetzen und die Betriebe „gegen Sabotage durch die Nazis“ zu schützen⁶. Es folgte die Verlesung des „10-Punkte Programms“ der FAB, an dessen Spitze die „Ausrottung der Blutherrschaft des Nationalsozialismus“ stand⁷. Hans Rummer, der sozialdemokratische Bürgermeister Penzbergs von 1919 bis 1933, hörte diese Nachricht in den frühen Morgenstunden und informierte einige Gleichgesinnte⁸. Zunächst veranlasste Rummer die Stilllegung des Bergwerkbetriebs. Sein Ziel war es, das Werk, das die wirtschaftliche Existenzgrundlage der

Stadt bildete⁹, vor einer erwarteten Zerstörung durch die Nationalsozialisten zu bewahren¹⁰. Sodann begaben sich Rummer und seine Anhänger zum Rathaus, erklärten den NSDAP-Bürgermeister Vonwerden für abgesetzt und übernahmen die Amtsgeschäfte.

Am Morgen rückte das vor den Amerikanern zurückweichende 22. Werferregiment in die Stadt ein. Die Truppe war aufgrund monatelanger Rückzugskämpfe zermürbt; die Verbindung zu den Befehlshabern war abgebrochen¹¹. Rummer erklärte gegenüber den eintreffenden Militärs: „Wir Sozialdemokraten und Kommunisten sind die neue Stadtregierung“, „macht doch Schluss und schickt eure Soldaten heim, legt die Waffen nieder.“¹² Unter den Offizieren bestand Uneinigkeit über das weitere Vorgehen¹³. Der Kommandeur, Oberstleutnant Berthold Ohm¹⁴, entschloss sich durchzugreifen und befahl, Rummer und seine Mitstreiter umgehend zu verhaften. Der zuvor entmachtete Bürgermeister wurde wieder ins Amt eingesetzt und über die Stadt eine Ausgangssperre verhängt. Trotz der nahenden Front fuhren Ohm und Vonwerden nach München, um Bericht zu erstatten und die politische Lage zu erkunden.

In München erklärte ihnen Gauleiter und Reichsverteidigungskommissar Giesler kurzerhand: „Rummer und seine Leute werden umgelegt“¹⁵. Der Einwand Ohms, ob nicht vorher ein Standgericht zusammentreten müsse, wurde barsch abgefertigt, ebenso wie Ohms Hinweis, er müsse erst seinem direkten Vorgesetzten Meldung machen. Sodann befahl Giesler dem anwesenden Volksturmführer, dem nationalistischen Erfolgsschriftsteller und Parteimitglied der ersten Stunde, Hans Zöberlein¹⁶,

⁴ Vgl. zum Sachverhalt: LG München II 1948, in: Rüter, Lfd. Nr. 078a, S. 71-77; LG Augsburg 1951, in: Rüter, Lfd. Nr. 287a, S. 568-588; LG München II 1956, in: Rüter, Lfd. Nr. 427a, S. 534-541; Karl Luberger, Geschichte der Stadt Penzberg, Penzberg, 3. Aufl. 1985, S. 192 ff.; speziell zur Ausgangslage in Penzberg Klaus Tenfelde, Proletarische Provinz. Radikalisierung und Widerstand in Penzberg/Oberbayern 1900–1945, München/Wien 1982, S. 368 ff.; s.a. Kershaw, Das Ende, S. 20 ff., 420, 447.

⁵ Zur Freiheitsaktion Bayern bislang Hildebrand Troll, Aktionen zur Kriegsbeendigung im Frühjahr 1945, in: Martin Broszat/Elke Fröhlich/Anton Grossmann (Hrsg.), Bayern in der NS-Zeit. Herrschaft und Gesellschaft im Konflikt, Bd. 4, München/Wien 1981, S. 660 ff. Monographisch nunmehr Veronika Diem, Die Freiheitsaktion Bayern. Ein Aufstand in der Endphase des NS-Regimes, Kallmünz/Opf. 2013.

⁶ Text bei Diem, Freiheitsaktion Bayern, S. 210 f.

⁷ Text bei Diem, Freiheitsaktion Bayern, S. 150 ff.

⁸ Rummers Mitstreiter waren ausnahmslos ehemalige Mitglieder der SPD oder KPD, teils auch ehemalige Stadträte. Während der Weimarer Zeit war Penzberg eine Hochburg der Linksparteien. So erreichte die KPD bei den Reichstagswahlen im Juli 1932 44% der Stimmen, in Bayern betrug ihr Anteil lediglich 8%, im Reich 14%. Die NSDAP, die reichsweit mit 37% triumphierte, brachte es lediglich auf einen Stimmenanteil von 7%, Zahlen aus Tenfelde, Proletarische Provinz, S. 191 f.

⁹ Näher zur ökonomischen und sozialen Ausnahmestellung der Bergarbeiterstadt Luberger, Stadt Penzberg, S. 96 ff.

¹⁰ Im Schrifttum wird regelmäßig, durchweg ohne Beleg, eine Zerstörungsabsicht seitens der örtlichen Nationalsozialisten unterstellt, vgl. etwa Kershaw, Das Ende, S. 471; Tenfelde, Proletarische Provinz, S. 370. Die Gerichte äußerten sich vorsichtiger. Das LG München II 1956, in: Rüter, Lfd. Nr. 427a, S. 532, meinte schließlich, dass die Einwohnerschaft zu Unrecht von einer geplanten Sprengung des Bergwerks ausgegangen sei.

¹¹ LG Augsburg 1954, in: Staatsarchiv München, Staansw. 34876/44, Urteil, S. 53.

¹² LG Augsburg 1951, in: Rüter, Lfd. Nr. 287a, S. 572; ähnlich LG München II 1948, in: Rüter, Lfd. Nr. 078a, S. 73; LG München II 1956, in: Rüter, Lfd. Nr. 426a, S. 484.

¹³ Die Vorschläge reichten von sofortigem Abrücken über „eine Tracht Prügel“ bis hin zur Tötung mittels einer Panzerfaust, LG Augsburg 1951, in: Rüter, Lfd. Nr. 287a, S. 574.

¹⁴ Berthold Ohm (geb. 1893) unterrichtete vor Kriegsausbruch als Studienrat in Hamburg die Fächer Deutsch, Geschichte, Englisch und Religion; er war kein Mitglied der NSDAP; näher LG München II 1948, in: Rüter, Lfd. Nr. 078a, S. 69; LG München II 1956, in: Rüter, Lfd. Nr. 426a, S. 480.

¹⁵ LG München II 1948, in: Rüter, Lfd. Nr. 078a, S. 73; LG Augsburg 1951, in: Rüter, Lfd. Nr. 287a, S. 577: „Die Leute sind sofort umzuliegen“; anders LG München II 1956, in: Rüter, Lfd. Nr. 426a, S. 487: „Die Leute werden erschossen“.

¹⁶ Hans Zöberlein (1895-1964) war Verfasser des Romans „Befehl des Gewissens“ (Auflage knapp 500.000 Exemplare, nach Tobias Schneider, Bestseller im Dritten Reich. Ermittlung und Analyse der meistverkauften Romane in Deutschland 1933-1945, VfZ 2004, S. 87, ist „dieser inhaltlich wie sprachlich primitive Roman (...) mit das übelste antisemitische Machwerk der gesamten NS-Belletristik“) und insbesondere der Kriegserinnerungen „Glaube an Deutschland“ (Auflage 740.000 Exemplare), zu denen Hitler das Vorwort beisteuerte; näher Christian Adam, Lesen unter Hitler. Autoren, Bestseller, Leser im Dritten Reich, Berlin 2010, S. 142 ff.

mit seiner Spezialeinheit, dem „Freikorps Adolf Hitler“, nach Penzberg zu fahren, um nach dem Abzug der Wehrmacht für „Ruhe und Ordnung“ zu sorgen¹⁷. Zurück in Penzberg verkündete Vonwerden den Inhaftierten auf Verlangen Ohms ein eilig niedergeschriebenes „Todesurteil“ wegen Hochverrats und Wehrkraftzersetzung. Kurz darauf wurden die sieben Gefangenen zu einer nahe gelegenen Bergwerkshalde gefahren und erschossen.

2. „Freikorps Adolf Hitler“ – Rache des untergehenden Regimes

Am frühen Abend traf Zöberlein mit seiner ca. hundert Mann starken Volkssturmeinheit in Penzberg ein¹⁸. Im Bürgermeisterzimmer wurden bald darauf unter im Einzelnen nicht mehr rekonstruierbaren Umständen Namenslisten mit „politisch Unzuverlässigen“ zusammengestellt. Unter den Anwesenden war neben Volkssturmführer Zöberlein, Bürgermeister Vonwerden und Ortsgruppenleiter Rebhan auch der abends eingetroffene Oberstleutnant Bauernfeind¹⁹. Gegen 21.00 Uhr wurde die Todesliste an stark alkoholisierte und verummte Verhaftungstrupps der Volkssturmeinheit weitergereicht. Zöberlein hatte auf Ausführung seines Befehls durch „kräftige Leute, die es nervenmäßig aushalten“ bestanden²⁰. Einheimische Führer wiesen den Freikorpsleuten den Weg zu ihren Opfern. In mehreren Wellen wurden Penzberger Bürger verhaftet. Die Denunzierten, überwiegend ehemalige Kommunisten, wurden aus ihren Häusern heraus festgenommen, mitunter auch aus ihren Betten geholt. Keines der Opfer war an den Ereignissen des Vormittags beteiligt. Die Festgenommenen mussten Leitern besteigen, ein Mitglied des Verhaftungstrupps legte den Opfern einen Strick um den Hals und befestigte diesen an einem Balkon oder Straßenbaum. Sodann wurde die Leiter weggetreten. Kurz vor ihrem Tod war den Opfern ein Schild mit der Aufschrift „SS-Werwolf Oberbayern“ um den Hals gehängt worden²¹. In dieser Nacht starben neun weitere Menschen, darunter zwei Frauen, von denen eine schwanger war²². Um vier Uhr morgens konnte der Führer der Todeskommandos seinem bereits abgerückten Befehlsggeber Zöberlein melden: „Ruhe und Ordnung in Penzberg

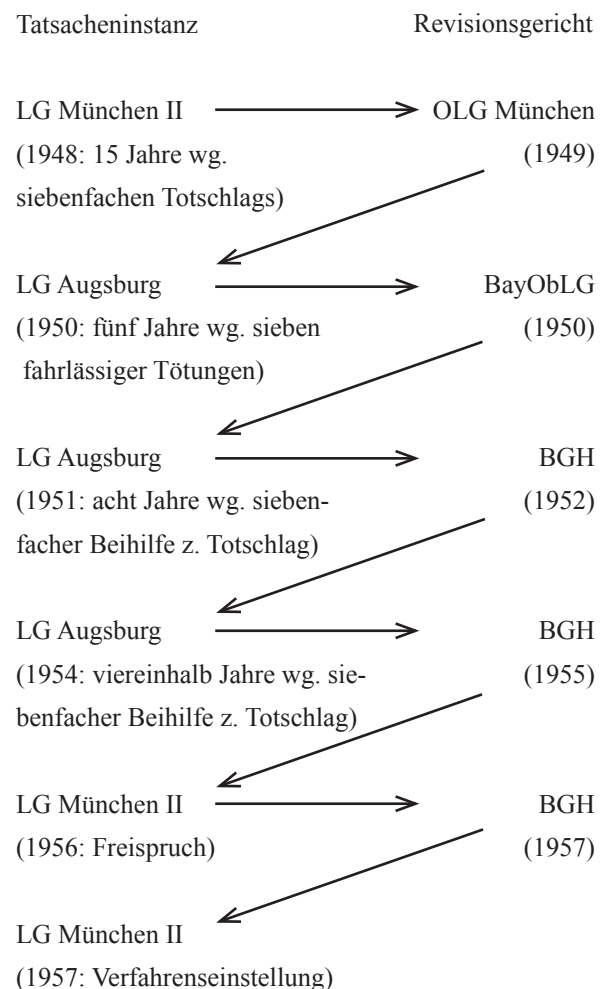
wiederhergestellt“²³. Das Werferregiment und Oberstleutnant Bauernfeind rückten am 29. April 1945 in den frühen Morgenstunden ab. Einen Tag später zogen die Amerikaner kampfflos in die Stadt ein.

III. Juristische Aufarbeitung der „Penzberger Mordnacht“

1. Überblick über die Strafverfahren

Die Aufarbeitung der Penzberger Verbrechen sollte die westdeutsche Nachkriegsjustiz, wie einführend erwähnt, in nicht weniger als 15 Gerichtsverfahren beschäftigen. Das Hauptverfahren richtete sich gegen 17 Angeklagte und begann im Juni 1948 am Landgericht München II. Aufgrund zahlreicher Revisionen, Rückverweisungen, abermaliger Hauptverhandlungen und erneuter Revisionen erstreckte sich das Verfahren bis zur letzten rechtskräftigen Entscheidung im März 1957 über knapp neun Jahre. Das zweite Verfahren gegen sieben Mitglieder aus Zöberleins Einheit begann im Februar 1956 und endete im Juni 1957. Zur Veranschaulichung des sogleich näher zu erörternden Instanzenzugs, eine Übersicht über die Prozesse gegen Kommandeur Ohm:

Strafprozesse gegen Kommandeur Ohm



¹⁷ LG München II 1957, in: Rüter, Lfd. Nr. 447, S. 240.

¹⁸ Die Volkssturmeinheit bezeichnete sich selbst als „Werwolf Oberbayern“, LG München II 1956, in: Rüter, Lfd. Nr. 427a, S. 535.

¹⁹ Hans Bauernfeind (geb. 1915) trat nach dem Abitur 1934 in die Wehrmacht ein. Während des Krieges wurde er in rascher Folge befördert und war nach einer kurzen Station als Mitglied eines Fliegenden Standgerichts im April 1945 für die Überwachung der Rückzugsbewegung im Raum Bayern verantwortlich, näher LG München II 1948, in: Rüter, Lfd. Nr. 078a, S. 70, LG Augsburg 1951, in: Rüter, Lfd. Nr. 287a, S. 567.

²⁰ LG München II 1956, in: Rüter, Lfd. Nr. 427a, S. 537.

²¹ LG Augsburg 1951, in: Rüter, Lfd. Nr. 287a, S. 586.

²² Ein Bergmann starb vor seiner Festnahme bei einer Schießerei. Zwei andere Penzberger überlebten trotz schwerer Verletzungen. Einem gelang trotz Schussverletzungen die Flucht aus dem Polizeirevier. Bei einem anderen war der Strick nach dem Wegtreten der Leiter gerissen. Getroffen von Schüssen des Henkers konnte das sich tot stellende Opfer überleben. Sieben weiteren zur Exekution vorgesehenen Bürgern gelang vor ihrer Festnahme die Flucht.

²³ LG München II 1956, in: Rüter, Lfd. Nr. 427a, S. 540.

2. Ermittlungen nach Kriegsende

Unmittelbar nach dem Einmarsch in Penzberg nahm das amerikanische Militär die Ermittlungen auf. Erste Zeugenvernehmungen sind bereits für den 17. Mai 1945 dokumentiert, weitere umfangreiche Vernehmungen und Haftüberprüfungen folgten²⁴. Im Oktober 1945 wurden die Akten an die Staatsanwaltschaft München übergeben und die inzwischen elf Inhaftierten ins Gefängnis Stadelheim verlegt²⁵. Im Dezember 1945 überwies die Amerikaner das Verfahren schließlich an die deutsche Strafjustiz²⁶ und sicherten „größtmögliche Unterstützung“ zu²⁷. Die bayerischen Behörden verfolgten den Fortgang des Verfahrens mit besonderer Aufmerksamkeit. So hatte Untersuchungsrichter Dr. Naaff 1947 wöchentlich dem bayerischen Justizminister über den Fortgang der Ermittlungen zu berichten²⁸. Endphasenverbrechen zählten neben Denunziationen, Verbrechen während der Reichspogromnacht oder Verbrechen an politischen Gegnern zu den Deliktsbereichen, in welchen die westdeutsche Justiz früh und vergleichsweise intensiv ermittelte²⁹. Auf Bitte des Penzberger Stadtrats, der sich hierdurch eine „gewisse politische Beruhigung“ innerhalb der Gemeinde erhoffte³⁰, wurde der Verhandlungsort vom Münchner Justizpalast in das Kameradschaftshaus Penzberg verlegt³¹. Die in der deutschen Justiz höchst ungewöhnliche Durchführung der Gerichtsverhandlung am Ort des Geschehens dokumentiert den Ausnahmecharakter des Penzberger Verfahrens.

3. Der Hauptprozess – Instanzenzug

a. Der erste Prozess vor dem LG München II

Vom 14. Juni bis zum 7. August 1948 verhandelte das Landgericht München II in Penzberg gegen 17 Angeklagte. Die Staatsanwaltschaft warf acht Beschuldigten Beihilfe zum Mord vor, für acht weitere Angeklagte plädierte sie auf Mord, worauf nach damaliger Rechtslage

die Todesstrafe stand³². Nach 32 Verhandlungstagen und der Vernehmung von 185 Zeugen³³ folgte das Gericht der Anklage in dieser Härte nicht. Es urteilte dennoch mit Todesstrafen gegen Bauernfeind und Zöberlein sowie zwei lebenslangen Zuchthausstrafen³⁴ weitaus strenger als die nachfolgenden Gerichte. Ohm wurde wegen siebenfachen Totschlags zu einer Zuchthausstrafe von 15 Jahren verurteilt. Weitere vier an den Verhaftungen und Erhängungen beteiligte Werwolf- bzw. Polizeiangehörige erhielten wegen Beihilfehandlungen Freiheitsstrafen zwischen zwei und vier Jahren. Sieben Angeklagte wurden freigesprochen³⁵.

Das Gericht wies das Verteidigungsvorbringen der Hauptangeklagten mit deutlichen Worten zurück. Mehrere Angeklagte hatten sich darauf berufen, dass sie aufgrund Gieslers Tötungsbefehls nicht belangt werden könnten³⁶. Dem hielt das Landgericht entgegen, dass der Befehl des Gauleiters nichts anderes war, als „ein Gesetz und Recht hohnsprechender Mordbefehl“³⁷. Auch hätte bei Nichtausführung des Befehls keine Lebensgefahr für die Angeklagten bestanden³⁸. Die Berufung auf „Befehlsnotstand“ wurde somit, anders als in vielen anderen NSG-Verfahren, zurückgewiesen und spielte auch in den späteren Urteilen keine zentrale Rolle³⁹. Die Richter stellten weiter fest, dass Ohm um die Rechtswidrigkeit des Tötungsbefehls wusste, auch habe er sich mit Gieslers Befehl identifiziert und sei daher als Täter zu betrachten⁴⁰. Durch die Einordnung Ohms als Täter – und nicht als bloßen Gehilfen – sollte sich das erste Urteil von allen folgenden Judikaten unterscheiden.

²⁴ Staatsarchiv München, Staanw., 34876/40.

²⁵ Staatsarchiv München, Staanw., 34876/39. Jedoch blieb der bayerischen Justiz der Zugriff auf die Hauptbeschuldigten Zöberlein, Vonwerden, Bauernfeind und Rebhan bis mindestens Herbst 1946 durch die amerikanischen Behörden verwehrt, Staatsarchiv München, Staanw., 34876/39, Brief der Spruchkammer Weilheim vom 14.10.1946.

²⁶ Staatsarchiv München, Staanw., 34876/39. Ebenfalls dokumentiert sind zahlreiche Berichte an die Militärregierung ab 21.7.1945, Staatsarchiv München, Staanw., 34876/39; 34876/28.

²⁷ Staatsarchiv München, Staanw., 34876/5, S. 113.

²⁸ Staatsarchiv München, Staanw., 34876/39, Schreiben Kassationshof v. 31.5.1947.

²⁹ Edith Raim, Justiz zwischen Diktatur und Demokratie. Wiederaufbau und Ahndung von NS-Verbrechen in Westdeutschland 1945–1949, München 2013, S. 785 ff.

³⁰ Staatsarchiv München, Staanw., 34876/11.

³¹ Ein Bericht der Schutzpolizei Penzberg vom 16.5.1946 beschreibt die Stimmung im Ort: „Die Penzberger Bevölkerung erwartet mit Spannung den Prozess in der Penzberger Mordaffäre vom 28. April 1945. Es besteht dabei die Befürchtung, daß mancher Beteiligte freigesprochen wird. Die Penzberger stehen auf dem Standpunkt, daß diese Leute dann sofort in Schutzhaft genommen und in ein Lager gebracht, oder zu Aufbauarbeiten im In- oder Ausland – im Austausch gegen antifaschistische Soldaten – herangezogen werden sollten. Die Männer, die an dem Mord beteiligt waren, waren die größten Nazis der Stadt.“, Staatsarchiv München, Staanw., 34876/39.

³² LG München II 1948, in: Rüter, Lfd. Nr. 078a, S. 77 f.

³³ Staatsarchiv München, Staanw., 34876/15, ab S. 208.

³⁴ Lebenslange Zuchthausstrafen erhielten Achtelik (Beteiligung an den Werwolf-Morden) und Rebhan (Zusammenstellen der Todeslisten). Vonwerden wurde während des Prozesses wegen eines Nervenzusammenbruchs für verhandlungsunfähig erklärt und sein Verfahren abgetrennt. Der neue Prozess gegen ihn (Vorwurf der Beteiligung an den Erschießungen, Zusammenstellen der Todeslisten) endete am 4. April 1949 ebenfalls mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe, Staatsarchiv München, Staanw. 34876/18, S. 124.

³⁵ Das LG München II sprach drei Offiziere aus Ohms Einheit von dem Vorwurf der Beihilfe zum Mord an Rummer und seinen Leuten frei. Den beiden Führern des Exekutionskommandos wurde der Entschuldigungsgrund des § 47 I MStGB (Handeln auf Befehl) zu Gute gehalten. Die Offiziere hätten von dem Vorliegen eines Gerichtsurteils ausgehen können und somit ohne Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des Exekutionsbefehls gehandelt. Der dritte Offizier wiederum habe bei seiner Beihilfehandlung (Verhaftung) noch keinen Tötungsvorsatz gehabt, LG München II 1948, in: Rüter, Lfd. Nr. 078a, S. 81 ff. Die anderen vier Freisprüche ergingen aufgrund von Beweisschwierigkeiten gegen Angeklagte, die sich an der Werwolfaktion beteiligt haben sollen, LG München II 1948, in: Rüter, Lfd. Nr. 078a, S. 96 f.

³⁶ Giesler selbst starb am 8. Mai 1945.

³⁷ LG München II 1948, in: Rüter, Lfd. Nr. 078a, S. 79.

³⁸ LG München II 1948, in: Rüter, Lfd. Nr. 078a, S. 80; LG Augsburg 1951, in: Rüter, Lfd. Nr. 287a, S. 578, 597, 608, 614; LG München II 1956, in: Rüter, Lfd. Nr. 427a, S. 556.

³⁹ Zur generellen Bedeutung behaupteter „Befehlsnotstände“ in NSG-Verfahren Volker Ducklau, Die Befehlsproblematik bei NS-Tötungsverbrechen. Eine Untersuchung anhand von 900 Urteilen deutscher Gerichte von 1945 bis 1965, Freiburg i. Br. 1976, S. 154 ff. Vgl. auch Arnd Koch/Verena Dorn, Verurteilung eines ehem. SS-Mannes vor dem Hintergrund deutschen und europäischen Rechts, in: Juristische Ausbildung 2011, S. 696 f.

⁴⁰ LG München II 1948, in: Rüter Lfd. Nr. 078a, S. 80.

b. Revisionsurteil des OLG München

Ein Jahr später entschied das OLG München über die seitens der Staatsanwaltschaft und der Verurteilten eingelegten Revisionen. Das Gericht verwarf Zöberleins Revision als unbegründet, das Urteil gegen ihn wurde damit rechtskräftig. Zöberlein entging nur deshalb seiner Hinrichtung, weil wenige Monate zuvor das Grundgesetz – und damit die Abschaffung der Todesstrafe in Art. 102 GG – in Kraft getreten war⁴¹; seine Strafe wurde in lebenslanges Zuchthaus umgewandelt⁴². Die Sachrügen Ohms, Bauernfeinds und Vonwerdens waren indes erfolgreich; das Verfahren wurde zur Neuverhandlung an das Schwurgericht am Landgericht Augsburg zurückverwiesen. Das OLG München beanstandete die Verurteilungen Ohms und Vonwerdens wegen täterschaftlich begangenen Totschlags und legte eine Bewertung als Beihilfe nahe⁴³. Hinsichtlich der Verurteilung Bauernfeinds rügte das Revisionsgericht widersprüchliche Sachverhaltsdarstellungen und unschlüssige Beweiswürdigungen⁴⁴.

c. Urteile des LG Augsburg von 1950 und deren Aufhebung durch das Bayerische Oberste Landesgericht

Nach einer erneuten Hauptverhandlung mit 130 Zeugen⁴⁵ senkte das Schwurgericht am LG Augsburg das Strafmaß erheblich. Es verurteilte Ohm nunmehr zu fünf Jahren Gefängnis wegen bloßer fahrlässiger Tötung. Der zwei Jahre zuvor zum Tode verurteilte Bauernfeind wurde gar freigesprochen⁴⁶. Nach Zeitungsberichten versammelten sich in Augsburg rund 20.000 Personen, um auf einer Kundgebung gegen das „Schandurteil“ zu protestieren⁴⁷. Die Kritik richtete sich auch gegen das Institut

des Schwurgerichts, für dessen Beseitigung sich mehrere Redner stark machten. Das klassische Schwurgericht, in dem zwölf Laien ohne Beteiligung von Berufsrichtern über die Schuld des Angeklagten entschieden, war in Deutschland 1924 abgeschafft worden⁴⁸. Allein in Bayern erlebte diese Gerichtsform nach dem Zweiten Weltkrieg eine überraschende Renaissance⁴⁹. Seine Anhänger, allen voran der Sozialdemokrat und zeitweilige Bayerische Ministerpräsident Wilhelm Hoegner, misstrauten den zumeist vorbelasteten Berufsrichtern und versprachen sich von Laien konsequentere Urteile gegen NS-Täter. Das Augsburger Schwurgerichtsurteil ist ein weiterer Beleg dafür, dass dieses Kalkül nicht aufging⁵⁰. Die Proteste seitens der Augsburger Bevölkerung und der Presse zeigten auch, dass sich die Annahme einer in den 1950er Jahre vorherrschenden „Schlussstrichmentalität“ als zu pauschal erweist. Einzelne Aufsehen erregende NSG-Verfahren bewegten in der frühen Bundesrepublik weiterhin die Öffentlichkeit⁵¹. Wegen eines Formfehlers in der Fragestellung an die Geschworenen hob jedoch das Bayerische Oberste Landesgericht das Augsburger Urteil auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung an das LG Augsburg zurück⁵².

d. Verfahrensende für die meisten Angeklagten: Das Urteil des LG Augsburg von 1951

1951 begab sich das LG Augsburg – nach Abschaffung des traditionellen Schwurgerichts nunmehr mit drei Berufsrichtern und sechs Schöffen besetzt – in einem erneuten Mammutprozess abermals auf Wahrheitssuche⁵³. Das Gericht verurteilte Ohm wegen Beihilfe zum Totschlag zu acht Jahren Zuchthaus, Bauernfeind wurde aufgrund, wie zu zeigen sein wird, angreifbarer Beweiswürdigungen freigesprochen⁵⁴. Im Gegensatz zu den vorherigen Entscheidungen sprach das Landgericht erstmals auch Vonwerden bezüglich der Erhängten „aus

⁴¹ Zu den Hintergründen der Abschaffung der Todesstrafe einerseits Richard J. Evans, *Rituale der Vergeltung. Die Geschichte der Todesstrafe in Deutschland 1532-1987*, Berlin 2001, S. 936, 939; andererseits Arnd Koch, *Die Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik. Anmerkungen zur Kontroverse über die Entstehungsgeschichte von Art. 102 GG*, in: *Recht und Politik* 2005, S. 230 ff.

⁴² OLG München 1949, in: *Rüter, Lfd. Nr. 078b*, S. 115. Zöberlein bemühte sich 1954 erfolglos um ein Wiederaufnahmeverfahren. Auf sein Gnadengesuch hin wurde ihm ab Juli 1958 Haftverschonung aus gesundheitlichen Gründen gewährt; 1964 verstarb er. Zöberlein zeigte bis zuletzt keine Reue: Waren seine letzten Worte im ersten Prozess: „Mein Gewissen hat mich schon freigesprochen“, so schrieb der Gefängnisleiter 1957 in einer Beurteilung: „Zu seinem Urteil bemerkt der Gefangene, daß dies für ihn keine Schande sei, sondern als ein Symptom für die rechtsunsichere politische Auffassung einer kranken Zeit gewertet werden müßte. Die Geschichte sei voll von solchen zeitbedingten Symptomen, die eine besonnenere Zeit wieder korrigiert habe.“; Staatsarchiv München, Staanw. 34876/27, Bl. 9; 34876/42; 34876/15 S. 487.

⁴³ OLG München 1949, in: *Rüter, Lfd. Nr. 078b*, S. 107 ff. Das OLG München legte jedoch eine Beihilfe zum Mord nahe; ein Gedanke, der in späteren Urteilen nicht aufgegriffen wurde.

⁴⁴ OLG München 1949, in: *Rüter, Lfd. Nr. 078b*, S. 109 ff.

⁴⁵ Staatsarchiv München, Staanw. 34876/19, Blatt 371 ff.

⁴⁶ Auch der zweite durch das LG München II zu Tode verurteilte Angeklagte, der Werwolfmann Achtelik, wurde freigesprochen, BayObLG 1950, in: *Rüter, Lfd. Nr. 287b*, S. 653. Vonwerdens Strafe wurde von ehemals 15 Jahren auf zehn Jahre abgesenkt, Staatsarchiv München, Staanw. 34876/19, S. 2.

⁴⁷ Schwäbische Landeszeitung vom 19.4.1950, S. 5; zum Urteil auch ebd., S. 3; kritisch auch das „Streiflicht“ der Süddeutschen Zeitung vom 19.4.1950, S. 1. Die Stadt Penzberg setzte sich in mehreren Protestbriefen für eine härtere Bestrafung ein, Staatsarchiv München, Staanw. 34876/39.

⁴⁸ RGBl. I, S. 15; hierzu Thomas Vormbaum, *Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924. Vorgeschichte, Inhalt und Auswirkungen. Ein Beitrag zur deutschen Strafrechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts*, Berlin 1988.

⁴⁹ Die bayerische Schwurgerichtsbarkeit bestand zwischen April 1949 und Oktober 1950; ausführlich Arnd Koch, *Die Rückkehr der „Volksgerichte“*. Das bayerische Schwurgericht der Nachkriegszeit, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* 122 (2005), S. 242 ff.

⁵⁰ Ein weiteres Beispiel ist der Freispruch für den ehemaligen Leiter der Münchner Gestapoleitstelle und einen seiner Untergebenen durch das Schwurgericht München im März 1950; hierzu ausführlich Eichmüller, *Keine Generalamnestie*, S. 17 ff.

⁵¹ Hierzu Eichmüller, *Keine Generalamnestie*, S. 135 ff. Die juristische Aufarbeitung der Penzberger Ereignisse war auch Gegenstand eines Romans sowie einer in Ost-Berlin erschienenen (Propaganda-)Broschüre; Heinz Becker-Trier, *Es war Mord meine Herren Richter. Der Fall Penzberg*, Frankfurt/Main 1958; Margot Pfannstiel, *Mord in Penzberg*, Ost-Berlin, 1957. Ein weiterer Roman zum Penzberger Geschehen erschien vor wenigen Jahren: Peter Brunner, *Der Judas-Tag*, Berlin, 2. Aufl. 2004.

⁵² BayObLG 1950, in: *Rüter, Lfd. Nr. 287b*, S. 652 ff. Die Zuständigkeit des BayObLG als Revisionsgericht für Entscheidungen der Schwurgerichte folgte aus § 72 Abs. 2 der „Verordnung über die Schwurgerichte vom 14. Juli 1948“, in: *Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt* Nr. 23/1948, S. 243 ff.

⁵³ LG Augsburg 1951, in: *Rüter, Lfd. Nr. 287a*, S. 561 ff.

⁵⁴ LG Augsburg 1951, in: *Rüter, Lfd. Nr. 287a*, S. 627 ff. Ebenso freigesprochen wurden erneut der Werwolfmann Achtelik und nunmehr auch der Ortsgruppenleiter Rebhan – jeweils aus Mangel an Beweisen, LG Augsburg 1951, in: *Rüter, Lfd. Nr. 287a*, S. 646, 651.

Mangel an Beweisen“ frei, seine Strafe hinsichtlich der Erschossenen wurde auf drei Jahre Haft abgesenkt, die durch die erlittene Untersuchungshaft als verbüßt galt⁵⁵. Weil die Staatsanwaltschaft insoweit auf Rechtsmittel verzichtete, wurden die Freisprüche für Bauernfeind und vier weitere Angeklagte rechtskräftig. Die Prozesse der nächsten Jahre richteten sich somit allein gegen Ohm.

e. Das weitere Verfahren gegen Ohm

Auf Revision Ohms hob der Bundesgerichtshof das Urteil des LG Augsburg wegen Rechtsfehlern auf. Die Karlsruher Richter beanstandeten, dass das Augsburger Gericht mehrere Zeugen zu Unrecht unvereidigt gelassen hatte. Erneut musste daher vor dem Augsburger Landgericht eine umfangreiche Hauptverhandlung stattfinden. Das Strafmaß gegen Ohm verringerte sich 1954 auf viereinhalb Jahre Gefängnis wegen siebenfacher Beihilfe zum Totschlag; die Strafe galt durch die Untersuchungshaft als verbüßt. Nicht nur das niedrige Strafmaß löste Empörung aus, auch der Auftritt des ehemaligen Generalfeldmarschalls Albert v. Kesselring erregte Anstoß⁵⁶. Das LG Augsburg hatte es für nötig befunden, Kesselring, der 1947 von den Alliierten wegen in Italien begangener Kriegsverbrechen zunächst zum Tode verurteilt worden war, als „militärischen Sachverständigen“ heranzuziehen⁵⁷. Kesselring, der in mehrstündigen Ausführungen aus seinen soeben erschienenen Erinnerungen „Soldat bis zum letzten Tag“ zitierte, verteidigte Ohms Vorgehen und die von ihm befohlenen Erschießungen. Die Handlungen Rummers und seiner Anhänger bewertete er als Landesverrat⁵⁸.

Eine erneute Revision Ohms hatte 1955 Erfolg⁵⁹. Wurde das vorherige Urteil deshalb aufgehoben, weil einige Zeugen unvereidigt geblieben waren, so rügte der BGH nunmehr umgekehrt, dass das Gericht bei seiner Neuverhandlung gewissermaßen „des Guten zu viel“ getan hatte und Zeugen zu Unrecht vereidigte⁶⁰. Für den weiteren Verfahrensverlauf entscheidend wurde indes eine bloße Hilfserwägung der Augsburger Richter. So hatte das Gericht mit ausführlicher Begründung festgestellt, dass Ohm die Rechtswidrigkeit von Gieslers Tötungsbefehl erkannt hatte, dann jedoch hilfsweise ausgeführt,

dass wegen des offensichtlich verbrecherischen Charakters des Befehls selbst ein Erkennenmüssen genügt hätte⁶¹. Diese Hilfserwägung griff der BGH auf, lehnte die hierin zum Ausdruck kommende Rechtsansicht ab und gab sodann den entscheidenden rechtlichen Hinweis, der schließlich zur Verfahrensbeendigung führen sollte: Ohm sei gem. § 47 Nr. 2 MStGB („Handeln auf Befehl“) nur dann strafrechtlich verantwortlich, wenn er den verbrecherischen Charakter des von ihm vollzogenen Tötungsbefehls sicher erkannt habe⁶². Liefße sich nach einer neuen Verhandlung die Möglichkeit nicht ausschließen, dass er lediglich Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Befehls gehabt habe, müsse Ohm freigesprochen werden⁶³.

Das LG München II, die bereits fünfte Tatsacheninstanz, griff den Hinweis dankbar auf und verneinte, in dubio pro reo, trotz „erheblicher Verdachtsgründe“⁶⁴ die Kenntnis Ohms hinsichtlich des Verbrechenscharakters des Tötungsbefehls⁶⁵. Damit war Ohm gem. § 47 MStGB entschuldigt, so dass im Februar 1956 ein Freispruch erging. Eine letztmalige Revision der Staatsanwaltschaft blieb weitgehend erfolglos⁶⁶. Der BGH rügte 1957 den Freispruch lediglich insofern, als Ohm in seiner Eile auch zwei Personen hatte hinrichten lassen, die – ohne an der eigentlichen Umsturzhandlung beteiligt gewesen zu sein – im Rathaus zu der Gruppe um Rummer hinzugestoßen waren. Zwar komme insofern eine fahrlässige Tötung in Betracht, doch legten die Karlsruher Richter „wegen der besonderen Lage des Falles“ die Anwendung von § 6 Straffreiheitsgesetz (StrFG)⁶⁷ nahe⁶⁸. Das LG München II ging den vom BGH vorgezeichneten Weg und stellte das Verfahren im Juni 1957 gem. § 6 StrFG ein⁶⁹.

⁵⁵ LG Augsburg 1951, in: Rüter, Lfd. Nr. 287a, S. 561.

⁵⁶ Süddeutsche Zeitung vom 21.11.1953: Kesselring werde „nachgerade zu einem öffentlichen Ärgernis“, zit. nach Kerstin v. Lingen, Kesselrings letzte Schlacht. Kriegsverbrecherprozesse, Vergangenheitspolitik und Wiederbewaffnung: Der Fall Kesselring, Paderborn/München/Wien/Zürich 2004, S. 344. Auch gingen zahlreiche Protest- und Unterstützerschreiben beim Gericht ein; Staatsarchiv München, Staanw. 34876/25, Blatt 1146.

⁵⁷ Staatsarchiv München, Staanw. 34876/25; s.a. LG Augsburg vom 16.1.1954, Staatsarchiv München, Staanw. 34876/44, Urteil S. 43. Zum Auftritt Kesselrings vor dem LG Augsburg Kerstin v. Lingen, Kesselrings letzte Schlacht, S. 343 ff. Die Ereignisse in Penzberg werden von v. Lingen freilich höchst ungenau geschildert. Kesselring fungierte noch in drei weiteren Aufsehen erregenden Strafverfahren als Gutachter: im „Tolsdorff-Prozess“ (LG Traunstein, 1954), im „Schörner-Prozess“ (LG München, 1957) und im „Simon-Prozess“ (LG Nürnberg, 1958); zu diesen Verfahren Eichmüller, Keine Generalamnestie, S. 155 ff., 170 ff., 177 ff., 205 Fn. 242.

⁵⁸ Dpa-Meldung in der Main-Post v. 18.11.1953, S. 2, in: Staatsarchiv München, Staanw. 34876/25, Bl. 1145.

⁵⁹ BGH 1955, in: Rüter, Lfd. Nr. 426c, S. 513 ff.

⁶⁰ BGH 1955, in: Rüter, Lfd. Nr. 426c, S. 513-516.

⁶¹ LG Augsburg 1954, in: Staatsarchiv München, Staanw. 34876/44, Urteil S. 61, 64 f., 93, 95-100, „Hilfserwägungen“ auf S. 101 ff.; BGH 1955, in: Rüter, Lfd. Nr. 426c, S. 519. Ausführlich zu den Rechtsfragen um das „Handeln auf Befehl“ unten, IV. 3.

⁶² Der BGH sah es als möglich an, dass die Hilfserwägungen die Entscheidung des Landgerichts indirekt beeinflusst haben könnten, BGH 1955, in: Rüter, Lfd. Nr. 426c, S. 519.

⁶³ BGH 1955, in: Rüter, Lfd. Nr. 426c, S. 519.

⁶⁴ LG München II 1956, in: Rüter, Lfd. Nr. 426a, S. 504.

⁶⁵ LG München II 1956, in: Rüter, Lfd. Nr. 426a, S. 501 ff.

⁶⁶ BGH 1957, in: Rüter, Lfd. Nr. 426d, S. 521 ff.

⁶⁷ BGBl. I, S. 203 ff.: „Gesetz über den Erlass von Strafen und Geldbußen und die Niederschlagung von Strafverfahren und Bußgeldverfahren (Straffreiheitsgesetz)“ vom 17. Juli 1954. § 6 lautete: „Für Straftaten, die unter dem Einfluß der außergewöhnlichen Verhältnisse des Zusammenbruchs in der Zeit zwischen dem 1. Oktober 1944 und dem 31. Juli 1945 in der Annahme einer Amts-, Dienst- oder Rechtspflicht, insbesondere auf Grund eines Befehls begangen worden sind, wird über die in §§ 2, 3 hinaus Straffreiheit gewährt, wenn nicht dem Täter nach seiner Stellung und Einsichtsfähigkeit zuzumuten war, die Straftat zu unterlassen, und keine schwerere Strafe als Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe, allein oder nebeneinander, beim Inkrafttreten des Gesetzes rechtskräftig verhängt oder zu erwarten ist.“

⁶⁸ Dem BGH erschien die Schuld Ohms „in wesentlich milderem Licht“, weil es die beiden Betroffenen unterließen, von sich aus ihre Nichtbeteiligung an der Umsturzhandlung kundzutun, BGH 1957, in: Rüter, Lfd. Nr. 426d, S. 524.

⁶⁹ LG München II 1957, in: Staatsarchiv München, Staanw. 34876/32. Die Auswirkungen von § 6 StrFG sind umstritten, vgl. einerseits Norbert Frei, Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit, München 1999, S. 126 („außerordentliche vergangenheitspolitische Bedeutung“), andererseits

4. Zweites Verfahren 1956/57 gegen die Henker und Führer der Todeskommandos

Das zweite Verfahren vor dem LG München II richtete sich gegen sieben direkt an den Festnahmen und Erhängungen beteiligte Werwolfmänner⁷⁰. Der erste Prozess endete 1956 mit drei Freisprüchen und zwei Einstellungen gem. §§ 6, 9 I StrFG. Zwei Angeklagte wurden – obwohl sie selbst unmittelbar die Erhängungen vorgenommen hatten – wegen bloßer Beihilfe zum Totschlag zu sechs bzw. zwölf Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Der BGH hob das Urteil bezüglich dieser beiden Beschuldigten auf⁷¹. In seinem letzten Urteil senkte das Münchner Gericht 1957 die Strafe für einen der Beteiligten auf zehn Jahre, das Verfahren gegen den zweiten stellte es wegen Verjährung ein⁷².

5. Zwischenfazit

Nach neun Jahren und insgesamt 15 Urteilen zeigt sich eine eindeutige Tendenz. In den beiden Verfahren zur Aufarbeitung der „Penzberger Mordnacht“ waren insgesamt 24 Personen angeklagt. Zehn von ihnen wurden schon in ihren jeweils ersten Prozessen freigesprochen. In den folgenden Jahren ergingen gegen sechs weitere Angeklagte Freisprüche oder es kam zu Verfahrenseinstellungen, wovon auch die Hauptakteure Ohm, Bauernfeind und Rebhan profitierten. Bis auf Zöberlein und einen Werwolf Führer erkannten die Gerichte lediglich auf Freiheitsstrafen im unteren einstelligen Bereich. Was die öffentliche Aufmerksamkeit, die Intensität der Ermittlungen und die zunächst verhängten hohen Strafen betrifft, steht „Penzberg“ stellvertretend für andere Endphasenverbrechen⁷³. Doch auch die Absenkung der Strafhöhen in den 1950er Jahren ist symptomatisch für den allgemeinen judiziellen Umgang mit NS-Verbrechen. Den vergleichsweise intensiven Bemühungen um eine Aufarbeitung in der unmittelbaren Nachkriegszeit folgte zu Beginn der 1950er Jahre ein drastischer Einbruch der Verfolgungstätigkeit⁷⁴. Mitte der 1950er Jahre kamen die Prozesse, von punktuellen Ausnahmen abgesehen, nahezu zum Erliegen. Mit welchen juristischen Argumentationsmustern binnen weniger Jahre die Umwertung des Geschehens gelang, soll im folgenden Abschnitt am Beispiel der Prozessserie um die Penzberger Ereignisse aufgezeigt werden.

IV. Freistellung von NS-Tätern durch Rechtsauslegung

1. Übersicht

Wie also konnte es sein, dass die Strafen gegen die Angeklagten der „Penzberger Mordnacht“ im Verlauf der Pro-

zessserie immer milder wurden, ja im Extremfall zwischen Todesstrafe und Freispruch variierten? Im Folgenden sollen anhand des Beispiels „Penzberg“ die juristischen Instrumentarien dargestellt werden, die binnen weniger Jahre bei im wesentlichen identischer Gesetzeslage eine Umwertung des Geschehens ermöglichten. Ursächlich für divergierende Urteile waren insbesondere drei juristische Ansatzpunkte, die bereits bei der Schilderung des Prozessverlaufs Erwähnung fanden und sogleich unter Heranziehung einschlägiger Urteilstpassagen näher in den Blick genommen werden: Das Institut der freien richterlichen Beweiswürdigung (unten, 2.), der Entschuldigungsgrund des Handelns auf Befehl (unten, 3.) sowie die sog. „Gehilfenrechtsprechung“ (unten, 4.).

2. Richterliche Beweiswürdigung

Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht, wie es in § 261 StPO im Pathos des 19. Jahrhunderts heißt, „nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung“. Abstrakte gesetzliche Regeln über die Gewichtung von Beweisen existieren nicht, über die Glaubwürdigkeit von Zeugen und den Wert sonstiger Beweismittel befinden allein die Richter. Dass aber die Würdigung identischer Zeugenaussagen ganz unterschiedlich ausfallen kann, illustrieren die Penzberg-Verfahren. Hierzu zwei markante Beispiele:

a. Aussage der Quartiersleute gegen Oberstleutnant Bauernfeind

Das Landgericht München II hatte Oberstleutnant Bauernfeind im ersten Prozess, wie oben dargestellt, zum Tode verurteilt. Nach erfolgreicher Revision und anschließender Neuverhandlung vor dem Landgericht Augsburg erging ein Freispruch. Maßgeblich für den Ausgang des Verfahrens – und damit für die Entscheidung zwischen Todesstrafe und Freispruch – war die Würdigung von Aussagen der Hauptbelastungszeugen. Beweisgegenstand waren Äußerungen, die Bauernfeind am Morgen nach dem Geschehen angesichts der an den Bäumen hängenden Leichen gegenüber seinen Quartiersleuten gemacht haben soll. Nach Überzeugung des 1948 in Penzberg verhandelnden Gerichts stellte sich das Geschehen folgendermaßen dar: Bauernfeind sagte hier nach, „das habe der Werwolf gemacht. Er zog dann einen Zettel aus der Tasche und erklärte, er könne auch sagen, um wen es sich handle und las mehrere Namen vor. Anschließend erklärte er dem Zeugen gegenüber, dass es weder um die Gehängten noch um die Erschossenen schade sei, da es lauter Kommunisten und Sozialdemokraten waren.“⁷⁵ Das Gericht wertete diese Aussage nach eingehender Würdigung als entscheidendes Beweisstück für einen Mord aus niedrigen Beweggründen (hier: Tötung politischer Gegner) und damit für den Ausspruch der Todesstrafe⁷⁶.

Ganz anders fiel die Beurteilung der Zeugenaussage drei Jahre später durch das LG Augsburg aus: „Selbst im Hin-

deutlich zurückhaltender Eichmüller, Keine Generalamnestie, S. 127 f.

⁷⁰ LG München II 1956, in: Rüter, Lfd. Nr. 427a, S. 527 ff.

⁷¹ BGH 1957, in: Rüter, Lfd. Nr. 427b, S. 526 ff.

⁷² LG München II 1957, in: Rüter, Lfd. Nr. 441, S. 237 ff.

⁷³ Zusammenstellung einiger Verfahren bei Raim, Justiz zwischen Diktatur und Demokratie, S. 797 ff.

⁷⁴ Zahlen bei Eichmüller, Keine Generalamnestie, S. 225 ff.; ders., Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen durch westdeutsche Justizbehörden seit 1945 – Eine Zahlenbilanz, in: VfZ 56 (2008), S. 621 ff.

⁷⁵ LG München II 1948, in: Rüter, Lfd. Nr. 078a, S. 77.

⁷⁶ LG München II 1948, in: Rüter, Lfd. Nr. 078a, S. 86 f.

blick auf die damalige stramm nazistische Haltung des Angeklagten B. erscheint es schlecht denkbar, dass dieser als Stabsoffizier sich gegenüber einem Bergarbeiterehepaar (...) über militärische Maßnahmen und deren Begründung (...) in der ihm nachgesagten Weise ausgelassen und durch Nennung von Namen der Erhängten sich gerühmt hätte, zumal er sich sagen musste, dass seine Quartiersleute die Erhängten als Berufskollegen und Landsleute kannten und über die Vorgänge des Tages und der Nacht innerlich empört waren.⁷⁷ Dem NS-Offizier wurden Sensibilität und Einfühlbarkeit unterstellt. Die Augsburger Richter schenken dem Bergarbeiterehepaar, beide ehemalige KPD-Mitglieder, auch infolge von Unstimmigkeiten im übrigen Aussageverhalten, keinen Glauben⁷⁸. Die Hauptbelastungszeugen fielen weg, gegen Bauernfeind erging ein Freispruch „aus Mangel an Beweisen“.

b. Würdigung der Aussage des Ortsgruppenleiters

Auf ähnliche Weise kam der Freispruch gegen den wegen Mordes angeklagten Ortsgruppenleiter Rebhan zustande. Dieser soll, so die Staatsanwaltschaft, den Werwolfleuten bereitwillig Namen „politisch Verdächtiger“ genannt haben, die diese sogleich auf Listen notierten. Sodann schwärmten Trupps aus und erhängten die Denunzierten. Rebhan verteidigte sich vor Gericht damit, dass er die Tötung der von ihm Genannten keinesfalls vorhergesehen und gewollt habe. Er habe lediglich an Festnahmen geglaubt. 1948 tat das LG München II diese Einlassung als bloße Schutzbehauptung ab: „So hat R. (...) klar erkennen müssen, dass die Namensfeststellung von politisch suspekten Personen mehr als deren bloße Festnahme bezweckte.“⁷⁹ (...) „Wer aber einen politisch Andersdenkenden einer Lynchjustiz überantwortet, handelt aus niedrigen Beweggründen.“⁸⁰ (...) „Es war im Gegenteil so, dass in diesen Tagen jedes Kind in Deutschland wusste, dass es, wenn die SS 'auf-räumte' um Kopf und Kragen ging.“⁸¹ Ganz anders wiederum würdigte das LG Augsburg die Aussage, das wie schon gegen Bauernfeind zu einem Freispruch gelangte: „Es (ist) möglich, aber keineswegs mit hinreichender Sicherheit nachgewiesen, dass er um die Erhängungen vorher gewusst oder in irgendeiner Form beteiligt war.“⁸² (...) „Es ist ihm zuzutrauen, dass er trotz aller damals schon begangenen nationalsozialistischen Verbrechen nicht auf den Gedanken kam, dass hier Leute umgebracht werden sollten.“⁸³ Die Wertung des Augsburger Gerichts überrascht, zumal zum Zeitpunkt der

Listenerstellung bereits sieben Menschen exekutiert worden waren.

3. Handeln auf Befehl

a. § 47 I Satz 2 MStGB

Für die Strafflosstellung Ohms und anderer Angeklagter war die Auslegung von § 47 MStGB entscheidend⁸⁴. Die Berufung auf „Handeln auf Befehl“ erwies sich nicht nur hier, sondern generell als eines der wirksamsten Verteidigungsvorbringen in den NS-Prozessen der Nachkriegszeit⁸⁵. Grundgedanke des seit 1872 geltenden Paragraphen war es, die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Befehlsempfängers im Interesse der militärischen Schlagkraft einzuschränken⁸⁶. Der persönliche Anwendungsbereich erstreckte sich zunächst allein auf Wehrmachtsangehörige, mit Kriegsbeginn wurde er per Verordnung auf SS- und Polizeiverbände erweitert⁸⁷. § 47 I MStGB stellte den Grundsatz auf, dass bei rechtswidrigen Befehlen allein den Befehlsgeber die strafrechtliche Verantwortung traf. Etwas anderes galt nur dann, wenn der Untergebene die Grenzen des ihm erteilten Befehls überschritten hatte oder – und dies war für die Nachkriegsprozesse von größter Bedeutung – „ihm bekannt gewesen ist, dass der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein allgemeines oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte.“ Maßgeblich war somit die positive Kenntnis, die „gewonnene Gewissheit“⁸⁸ des Untergebenen von der Rechtswidrigkeit des Befehls. Anders als in den meisten ausländischen Gesetzgebungen⁸⁹ und auch in § 5 des heutigen Wehrstrafgesetzbuchs⁹⁰ führte ein Erkennenkönnen bzw.

⁷⁷ LG Augsburg 1951, in: Rüter, Lfd. Nr. 287a, S. 636.

⁷⁸ Zu Widersprüchen in den Aussagen der Eheleute untereinander bzw. gegenüber ihren Aussagen im ersten Prozess, LG Augsburg 1951, in: Rüter, Lfd. Nr. 287a, S. 633-635. Aufgrund von Unrichtigkeiten sowie „offensichtlicher Verwechselung von Erlebtem und Gehörtem“ sah das Gericht „keine ausreichende Beweisgrundlage für einen Schuldspruch hinsichtlich eines Mordverbrechens“, ebd., S. 633.

⁷⁹ LG München II 1948, in: Rüter, Lfd. Nr. 078a, S. 89.

⁸⁰ LG München II 1948, in: Rüter, Lfd. Nr. 078a, S. 90.

⁸¹ LG München II 1948, in: Rüter, Lfd. Nr. 078a, S. 93, bezogen auf die entsprechende Einlassung eines Mitangeklagten.

⁸² LG Augsburg 1951, in: Rüter, Lfd. Nr. 287a, S. 644.

⁸³ LG Augsburg 1951, in: Rüter, Lfd. Nr. 287a, S. 645 f.

⁸⁴ § 47 MStGB: (I.) Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers, 1. wenn er den erteilten Befehl überschritten hat, oder 2. wenn ihm bekannt gewesen ist, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein allgemeines oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte. (II.) Ist die Schuld des Untergebenen gering, so kann von einer Bestrafung abgesehen werden.

⁸⁵ Ducklau, Befehlsproblematik, S. 98 (neben der Behauptung eines Befehlsnotstandes); Eichmüller, Keine Generalamnestie, S. 255 f.; treffend bereits Jürgen Baumann, Die strafrechtliche Problematik der nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, in: Reinhard Henkys (Hrsg.), Die nationalsozialistischen Gewaltverbrechen. Geschichte und Gericht, Stuttgart/Berlin 1964, S. 301: „Wasserscheide des Verfahrens“, auch mit Hinweisen auf die Folgen von „in dubio pro reo“.

⁸⁶ § 47 MStGB trat 1872 in Kraft und stellte gegenüber seinem preußischen Vorbild eine Erweiterung der Untergebenenverantwortlichkeit dar. Im Dritten Reich galt die Regelung als liberalistische „Verwässerung der Gehorsamspflicht“, so Erich Schwinge, Militärstrafgesetzbuch einschließlich Kriegsstrafrecht, Berlin, 6. Aufl. 1944, § 47 Anm. I (S. 101 f.). Schwinge verwies gar auf den jüdischen Reichstagsabgeordneten Eduard Lasker, auf dessen Initiative die Norm zurückging.

⁸⁷ §§ 1, 3 der „VO über eine Sondergerichtsbarkeit in Strafsachen für Angehörige der SS und für die Angehörigen der Polizeiverbände bei besonderem Einsatz“ vom 17. Oktober 1939, RGBl I, 2107.

⁸⁸ Martin Rittau, Militärstrafgesetzbuch, Berlin, 4. Aufl. 1943, § 47 Anm. 8a (S. 103).

⁸⁹ Ducklau, Befehlsproblematik, S. 103 f.

⁹⁰ Auf das Offensichtlichkeitskriterium abstellend auch § 3 VStGB sowie Art. 33 IGH-Statut; zur neueren Entwicklung Marcus Korte, Das Handeln auf Befehl als Strafausschließungsgrund. Die Wirkung des Befehls im Deutschen Recht und im Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof, Baden-Baden 2004.

Erkennenmüssen der Rechtswidrigkeit nicht zur Strafbarkeit des Befehlsempfängers⁹¹.

b. Die Rechtsprechung der Nachkriegszeit

In der Rechtsprechung der Nachkriegszeit unterlag die Auslegung von § 47 MStGB einem bemerkenswerten Wandel. Unmittelbar nach dem Krieg versagten zahlreiche Gerichte Befehlsempfängern die Entschuldigung aus § 47 MStGB. Zur Begründung wurde geltend gemacht, dass die verbrecherischen Zwecke des jeweiligen Befehls offensichtlich und für jedermann erkennbar gewesen seien⁹². Selbst der BGH stellte noch 1951 auf das Offenkundigkeitskriterium ab, um die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Untergebenen zu begründen⁹³. Im konkreten Fall ging es um die befohlene Erschießung eines Häftlings, der auf einem sog. „Todesmarsch“ entkräftet zusammengebrochen war. In vielen dieser Urteile kam freilich nicht deutlich zum Ausdruck, ob die „Offensichtlichkeit“ kurzerhand mit der in § 47 MStGB geforderten „Kenntnis“ gleichgesetzt wurde, oder ob sie im Rahmen der Beweiswürdigung das entscheidende Indiz für die beim Angeklagten unterstellte positive Kenntnis abgab⁹⁴. Die Wende brachte ein Urteil des BGH aus dem Jahr 1953⁹⁵. Gegenstand des Verfahrens war die Erschießung russischer Kriegsgefangener durch einen Polizeiwachtmeister auf Weisung der Gestapo. Ohne frühere abweichende Judikate auch nur zu erwähnen, unterstrich der BGH nunmehr, dass „Kenntnis“ des Untergebenen ausschließlich das „sichere Wissen“⁹⁶ um den verbrecherischen Zweck des Befehls bedeute. Offensichtliche Rechtswidrigkeit, bloße Zweifel oder ein Erkennenmüssen genüßten nicht. Erhöhte subjektive Voraussetzungen, gar ein „sicheres Wissen“, lassen sich indes forensisch kaum nachweisen. Unschwer vorhersehbar führte die neue Linie des BGH, verbunden mit dem Grundsatz in dubio pro reo, zu einer weitreichenden strafrechtlichen Exkulpation von Befehlsempfängern. Die Auswirkungen der neuen Rechtsprechung lassen sich plastisch anhand unseres Ausgangsfalls verdeutlichen:

c. § 47 MStGB – Das Beispiel Penzberg

Sämtliche zur „Penzberger Mordnacht“ ergangenen Gerichtsentscheidungen stimmten darin überein, dass der Befehl des Gauleiters, Rummer und seine Leute „umzulegen“, ein verbrecherischer Mordbefehl war⁹⁷. Die

„Kernfrage des ganzen Verfahrens“⁹⁸, so der BGH, bestand nun darin, ob Kommandeur Ohm den verbrecherischen Charakter des Erschießungsbefehls (sicher) erkannt hatte. Hierzu gingen die Ansichten der Gerichte weit auseinander: Das Landgericht Augsburg gelangte noch 1951 mit folgenden Erwägungen zu einer Verurteilung: „Völlig unglaublich ist es, dass der Angeklagte an die Rechtmäßigkeit des (...) Befehls geglaubt haben will. Die (...) Ausdrucksweise 'umlegen', die gänzliche Formlosigkeit des nur mündlich erteilten Befehls, die Ungewissheit von Namen, ja sogar der Zahl der Betroffenen, sowie der Umstand, dass Giesler diese gar nicht angehört hatte, schlossen für den Angeklagten nach der festen Überzeugung des Schwurgerichts jeden Gedanken an eine Rechtmäßigkeit des Befehls aus.“⁹⁹ Ganz anders sah es wenige Jahre später das freisprechende LG München II, dessen Ausführungen zugleich ein abschreckendes Beispiel für verschachteltes „Juristendeutsch“ abgeben: „Versetzt man sich in die Situation zurück, wie sie sich dem Angeklagten am 28.4.1945 darbot und überlegt, wie sie sich in seinen Augen spiegelte (...), dann kommt man um die Feststellung nicht herum, dass sich der Angeklagte vor die Ausführung eines Befehls gestellt sah, den er nach Sachlage inhaltlich als richtig ansehen durfte, so gewissenlos und verbrecherisch er tatsächlich war.“¹⁰⁰ Das Schwurgericht konnte „die Möglichkeit nicht ausschließen, dass er bei der Ausführung des Erschießungsbefehls dessen verbrecherischen Charakter nicht klar erkannt hat.“¹⁰¹ Das Gericht meinte, das vom BGH geforderte „sichere Wissen“ um die Rechtswidrigkeit nicht feststellen zu können. Die Rechtsprechungsänderung zu Beginn der 1950er Jahre führte im Verbund mit einer großzügigen Handhabung des Zweifelssatzes zu einer Entschuldigung der Tötungshandlungen aus § 47 MStGB und damit zum Freispruch Ohms¹⁰².

d. Exkurs: Umwertung von Widerstand in Hochverrat

Die zitierte Passage aus dem freisprechenden Urteil gegen Ohm bringt zugleich eine grundlegende Umwertung des Penzberger Geschehens zum Ausdruck. Der Umsturzversuch erschien dem LG München II im Jahre 1956 nicht als berechtigter Widerstand, sondern – unter Zugrundelegung des damaligen Rechts – als „Hochverratshandlung“¹⁰³. Die Einschätzung des „militärischen Sachverständigen“ v. Kesselring und das Verteidigungs-

⁹¹ Gegenüber den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen stellte § 47 MStGB eine weitreichende Privilegierung dar. Außerhalb des militärischen Bereichs führt fehlendes Unrechtsbewusstsein gem. § 17 StGB nur dann zur Entschuldigung, wenn der Täter den Irrtum nicht vermeiden konnte.

⁹² Ducklau, Befehlsproblematik, S. 104; kritisch zu dieser Rechtsprechung, ebd., S. 131.

⁹³ BGH Juristenzeitung 1951, S. 323; auch in: Rüter, Bd. VIII, 1972, Lfd. Nr. 281b, S. 446 ff.

⁹⁴ So treffend Ducklau, Befehlsproblematik, S. 105.

⁹⁵ BGHSt 5, 239 ff.

⁹⁶ BGHSt 5, 239 (244).

⁹⁷ „Ein Gesetz und Recht hohnsprechender Mordbefehl“ (LG München II 1948, in: Rüter, Lfd. Nr. 078a, S. 79); „nichts anderes als ein reiner Willkürakt“ (OLG München 1949, in: Rüter, Lfd. Nr. 078b, S. 105); „reiner Mordbefehl“ (ebd., 106); „Befehl zum Mord“ (BGH 1952, in: Rüter, Lfd. Nr. 426b, S. 11); „Mordbefehl“ (LG München 1956, in: Rüter, Lfd. Nr. 426a, S. 498).

⁹⁸ BGH 1955, in: Rüter, Lfd. Nr. 426c, S. 519.

⁹⁹ LG Augsburg 1951, in: Rüter, Lfd. Nr. 287a, S. 594.

¹⁰⁰ LG München II 1956, in: Rüter, Lfd. Nr. 426a, S. 501.

¹⁰¹ LG München II 1956, in: Rüter, Lfd. Nr. 426a, S. 503.

¹⁰² Dagegen versagten die Gerichte den Beteiligten an den nächtlichen Erhängungen durchweg eine Berufung auf § 47 MStGB; vgl. etwa LG München II 1956, in: Rüter, Lfd. Nr. 427a, S. 555: „Dass Zöberlein und der etwa hinter ihm stehende Giesler das Recht haben sollten, ohne Gerichtsverfahren, kleine Leute, von denen eine Gefahr – auch für den Angeklagten erkennbar – nicht ausging, vom Kartenspielen, vom Abendessen oder aus den Betten herauszuholen und ohne jedes Verhör am nächsten Baum aufzuhängen, hat nach Überzeugung des Schwurgerichts auch der Angeklagte erkannt, so wie es selbst der primitivste Mensch, der auch nur einen Funken Rechtsempfinden besitzt, erkennen würde“.

¹⁰³ So ohne jede Distanzierung LG München II 1957, in: Rüter, Lfd. Nr. 447, S. 238.

vorbringen Ohms fanden damit Eingang in die Rechtsprechung. 1948 hatte das LG München II eine andere Perspektive eingenommen. Dem Vorgehen der Gruppe um Rummer wurde ungeachtet seines „revolutionären Charakters“ bzw. seines Verstoßes gegen NS-Recht Verständnis entgegengebracht¹⁰⁴. Das Gericht wertete es zu Lasten der Angeklagten, dass „sie ohne Bedenken dazu beitrugen, das Leben von deutschen Landsleuten allein deshalb auszulöschen, weil diese ein System bekämpft hatten, das zumindest in diesem Zeitpunkt vom Großteil des deutschen Volkes als verbrecherisch erkannt worden war.“¹⁰⁵ Mitte der 1950er Jahre hingegen wurde Ohm Nichtwissen hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des Erschießungsbefehls unterstellt, weil Rummer mit seiner Machtübernahme und der Aufforderung an die Truppe, die Waffen niederzulegen und nach Hause gehen, todeswürdige Delikte verübt habe, nämlich – immer auf Basis des nationalsozialistischen Rechts – Hochverrat und Wehrkraftzersetzung¹⁰⁶. „Penzberg“ steht damit zugleich stellvertretend für die Schwierigkeiten der frühen Bundesrepublik im Umgang mit dem Widerstand, dem bis weit in die 1950er Jahre hinein der Makel des „Landesverrats“ anhaftete¹⁰⁷.

4. „Gehilfenrechtsprechung“

a. Die „extrem subjektive Teilnahmetheorie“

Weshalb aber wurden Ohm und selbst die Führer und Henker der nächtlichen Todeskommandos nicht als Täter, sondern lediglich als Gehilfen – und damit zu deutlich niedrigeren Strafen – verurteilt? Warum betrachteten die Gerichte auch denjenigen als bloßen Gehilfen, der seinen Opfern die Schlinge um den Hals legte und anschließend die Leiter wegtrat? Verständlich werden diese Urteile nur vor dem Hintergrund der folgenreichen „extrem subjektiven Teilnahmetheorie“, die in NS-Verfahren von der bundesdeutschen Justiz bis in die 1980er Jahre hinein vertreten wurde. Für die Begründung der Täterschaft war hiernach nicht die eigenhändige Tatausführung entscheidend, sondern das Vorhandensein des „Täterwillens“. Die sog. „Gehilfenrechtsprechung“ ging auf den berühmten „Badewannen-Fall“ von 1940 zu-

rück¹⁰⁸. Eine junge Frau hatte das neugeborene Kind ihrer unverheirateten Schwester auf deren Verlangen hin in einer Badewanne ertränkt, um ihr die Schande einer unehelichen Geburt zu ersparen. Zur Vermeidung der für diesen Fall als unbillig empfundenen Todesstrafe verurteilte das Reichsgericht die Frau trotz eigenhändiger Tatbegehung lediglich wegen Beihilfe zum Mord¹⁰⁹. Denn, so die bereits seinerzeit viel kritisierte, folgenreiche Ad-hoc-Formel des Gerichts, „entscheidend ist vielmehr, ob der Beschuldigte die Ausführungshandlung mit Täterwillen unternommen, d.h. als eigene gewollt hat, oder ob er damit lediglich eine fremde Tat als fremde hat unterstützen wollen. Nur im ersten Fall ist er Täter, im zweiten bloßer Gehilfe (...). Ob jemand die Tat als eigene will, richtet sich vornehmlich, wenn auch nicht ausschließlich, nach dem Grade seines eigenen Interesses am Erfolg.“¹¹⁰ Beim Ertränken des Kindes in der Badewanne, so das Reichsgericht, handelte die Täterin lediglich im Interesse ihrer Schwester.

b. Die Gehilfenrechtsprechung der Nachkriegszeit

Die Bedeutung der sog. „Gehilfenrechtsprechung“ für die Freistellung bzw. milde Bestrafung von NS-Tätern ist vielfach dargestellt und kritisiert worden¹¹¹. Weniger bekannt ist, dass es Gerichte der unmittelbaren Nachkriegszeit zunächst mit deutlichen Worten abgelehnt hatten, der „extrem subjektiven Teilnahmetheorie“ zu folgen¹¹². Wie bei der Auslegung von § 47 MStGB unterlag die Rechtsprechung spätestens seit Beginn der 1950er Jahre einem Wandel¹¹³. So verurteilte das OLG Frankfurt 1947 einen Arzt, der im Rahmen der sog. „Euthanasie-Aktion“ 30 Kinder eigenhändig zu Tode gespritzt hatte, wegen Mordes. Ein Anknüpfen an das „Badewannen-Urteil“ lehnte das OLG treffend ab: „Wer selbst tötet, (ist) Mörder, gleichgültig, ob er für sich oder für einen anderen, im eigenen oder im fremden Interesse tätig wird.“¹¹⁴ In den folgenden Jahren reaktivierten die Instanzgerichte jedoch die „extrem-subjektive Theorie“ des Reichsgerichts, um sie auf NS-Verbrechen zu übertragen¹¹⁵. Im Er-

¹⁰⁴ LG München II 1948, in: Rüter, Lfd. Nr. 078a, S. 79; das Gericht räumte allerdings ein, dass Ohm zur Einsetzung eines Standgerichts berechtigt gewesen wäre.

¹⁰⁵ LG München II 1948, in: Rüter, Lfd. Nr. 078a, S. 98.

¹⁰⁶ LG München II 1956, in: Rüter, Lfd. Nr. 426a, S. 499.

¹⁰⁷ Im Zusammenhang mit dem Braunschweiger Remer-Prozess von 1952 Boris Burghardt, Vor 60 Jahren: Fritz Bauer und der Braunschweiger Remer-Prozess. Ein Strafverfahren als Vehikel der Geschichtspolitik, in: Journal der Juristischen Zeitgeschichte 2012, S. 47 ff.; ausgehend von den „Huppenkothen-Prozessen“ (Tötung von Canaris, Oster, Bonhoeffer u.a. in Flossenbürg nach einem sog. „SS-Standgerichtsverfahren“ am 8. April 1945) instruktiv Joachim Perels, Die schrittweise Rechtfertigung der NS-Justiz. Der Huppenkothen-Prozess, in: Peter Nahamowitz/Stefan Breuer (Hrsg.), Politik, Verfassung, Gesellschaft. Traditionslinien und Entwicklungsperspektiven; Otwin Massing zum 60. Geburtstag, Baden-Baden 1995, S. 51 ff. Allgemein Norbert Frei, Erinnerungskampf. Zur Legitimationsproblematik des 20. Juli 1944 im Nachkriegsdeutschland, in: Christian Jansen/Lutz Niethammer/Bernd Weißbrod (Hrsg.), Von der Aufgabe der Freiheit: Politische Verantwortung und bürgerliche Gesellschaft im 19. und 20. Jahrhundert, Festschrift für Hans Mommsen zum 5. November 1995, Berlin 1995, S. 493 ff.

¹⁰⁸ RGSt 74, 84; das erstinstanzliche Todesurteil des LG Trier findet sich in den Akten des erkennenden Senats, Bundesarchiv 3002/Strafsenate 42800, Bl. 12 ff.

¹⁰⁹ Zu den Motiven der Richter, unter Bruch des Beratungsgeheimnisses, rückblickend Fritz Hartung, Der Badewannenfall. Eine Reminiszenz, in: Juristenzeitung 1954, S. 430 f. Bis zur Reform des § 211 RStGB im Jahr 1941 machte sich wegen Mordes extrem, „wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wenn er die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat.“

¹¹⁰ RGSt 74, 84 (85). Im zeitgenössischen strafrechtlichen Schrifttum stieß das Urteil auf nahezu einhellige Ablehnung, vgl. Eduard Kohlrausch/Richard Lange, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen, Berlin, 38. Aufl. 1944, § 46 Vorbem. I A.

¹¹¹ Kerstin Freudiger, Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen, Tübingen 2002, S. 143 ff.; Michael Greve, Der justitielle Umgang mit den NS-Gewaltverbrechen in den sechziger Jahren, Frankfurt/Main u.a. 2001, S. 145 ff.; Barbara Just-Dahlmann/Helmut Just, Die Gehilfen. NS-Verbrechen und Justiz nach 1945, Frankfurt/Main 1988, passim; Ingo Müller, Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz, München 1989, S. 250 ff.

¹¹² OLG Bremen Neue Juristische Wochenschrift 1947/47, 312 ff.; OLG Frankfurt Süddeutsche Juristenzeitung 1947, Sp. 621 ff.

¹¹³ Greve, NS-Gewaltverbrechen, S. 146, 151 ff.

¹¹⁴ OLG Frankfurt Süddeutsche Juristenzeitung 1947, Sp. 621 (630).

¹¹⁵ Bei gewöhnlichen Tötungsdelikten fand die „extrem-subjektive

gebnis wurden die unmittelbar Ausführenden ebenso wie die Organisatoren im Hintergrund regelmäßig als bloße Gehilfen bestraft, weil ihnen die Gerichte ein Eigeninteresse am Erfolg absprachen. Die Untaten seien allein im Interesse anderer, nämlich hoher Befehlsgeber oder der obersten Staatsführung verübt worden¹¹⁶. Ein prägnantes Beispiel für die „Gehilfenrechtsprechung“ ist einer der ersten großen NS-Prozesse, der die bundesdeutsche Öffentlichkeit bewegte, der Ulmer Einsatzgruppenprozess von 1958¹¹⁷. Die Angeklagten wurden, trotz eigenhändig ausgeführter Massenerschießungen, allein wegen Beihilfe zum Mord, teils in knapp 4000 Fällen, verurteilt. Sie hätten mit bloßem Gehilfenwillen „als Werkzeuge des Führers und seines Führungskreises“ gehandelt¹¹⁸. Auch wer als Euthanasie-Arzt geistig behinderte Kinder tötete, wer an der Rampe „selektierte“ oder Opfer in die Gaskammern trieb, wurde fortan in aller Regel als bloßer Gehilfe betrachtet. Als Täter handelten auf Grundlage dieser Theorie lediglich einige wenige Exzesstäter sowie die oberste nationalsozialistische Führungsrang¹¹⁹.

c. Die „Penzberger Mordnacht“ – Ein Verbrechen (fast) ohne Täter

Auf die Penzberger Ereignisse bezogen hatte die Anwendung der „extrem-subjektiven Teilnahmelehre“ weitreichende Folgen. Für die Hinrichtung Rummers und seiner Anhänger existierten – strafrechtlich betrachtet – keine Täter. Den erforderlichen „Täterwillen“ wies insofern allein der bereits verstorbene Gauleiter auf¹²⁰. Ohm kam dabei wiederum sein Handeln auf Befehl zu Gute: „Was er tat, tat er in Durchführung des ihm (...) in Befehlsform erklärten Willens, dem er sich so unterordnete, dass sein Tun trotz Verwirklichung des ganzen äusseren Tatbestandes des Totschlags doch eher auf den Willen der Verwirklichung eines fremden als eines eigenen Entschlusses zur rechtswidrigen Tötung zurückgeführt werden muss, also nicht als Mittäterschaft,

sondern als Beihilfe zu werten ist.“¹²¹ Für die nächtliche Menschenjagd galt neben dem toten Giesler allein Zöberlein als Täter. Alle anderen Beteiligten begingen ihre Mordtaten nicht im eigenen, sondern im fremden Interesse und galten folglich als milder zu bestrafende Gehilfen. Ihnen fehlte „das Format eines Verbrechers vom Schlage Zöberleins“¹²². Über den Führer der nächtlichen Todesschwadronen hieß es: „Das Vorleben des Angeklagten und der ganz persönliche Eindruck, den das Schwurgericht von dem Angeklagten gewann, lässt jedenfalls eine sichere Feststellung, dass er die Erhängungen als eigene wollte, nicht zu. In sein Persönlichkeitsprofil passt es weit eher, ihn als (...) Werkzeug des Zöberlein zu sehen, dessen Befehle auszuführen ihm zwar eine nicht als Last empfundene Pflicht, aber auch nicht mehr war.“¹²³ Selbst diejenigen Werwolf-Führer, die „eine gewisse innere Genugtuung bei der Ausübung des Henkeramtes“ empfanden, ordneten sich nach Meinung der Gerichte „wenn auch (...) offensichtlich nicht ungern“ dem Willen ihrer Vorgesetzten unter und mutierten daher zu bloßen Gehilfen¹²⁴.

V. Fazit und Ausblick

Gezeigt werden konnte, welche juristischen Konstrukte und Denkmuster zur Freistellung bzw. geringen Bestrafung von NS-Tätern beitrugen. In der Prozessserie zur „Penzberger Mordnacht“ waren dies beschuldigtenfreundliche Beweiswürdungen unter Strapazierung des Zweifelssatzes (in dubio pro reo), großzügige Exkulpationen aufgrund „Handelns auf Befehl“ durch die Etablierung hoher subjektiver Verurteilungsvoraussetzungen („sicheres Wissen“), die Umwertung von Widerstand in „Hochverrat“ sowie schließlich die sog. „Gehilfenrechtsprechung“. Der Grund für die unzureichende Aburteilung der Penzberger Ereignisse lag maßgeblich in der Strafjustiz selbst. Gleiches galt für die strafrechtliche Verfolgung von NS-Unrecht im Allgemeinen. Die Gerichte erkannten zu Gunsten der Angeklagten auf „fehlendes Unrechtsbewusstsein“, „Befehlsnotstand“ oder auf „übergesetzten entschuldigenden Notstand“. Für die Strafflosstellung von Geislerschießungen kreierte die Justiz fragwürdige völkerrechtliche Rechtfertigungen, für die Exkulpierung von NS-Juristen fand der BGH eine Auslegung des Rechtsbeugungstatbestands, die eine Verurteilung von Richtern, auch von Richtern am Volksgerichtshof, dauerhaft vereitelte¹²⁵. Es war, um auf die ein-

Teilnametheorie“ dagegen keine Anwendung (BGHSt Bd. 8, 393 ff.).

¹¹⁶ Beispiele aus der Urteilspraxis bei Eichmüller, Keine Generalamnestie, S. 250 ff. und Greve, NS-Gewaltverbrechen, S. 148 ff.

¹¹⁷ Hierzu Eichmüller, Keine Generalamnestie, S. 188 ff.; Claudia Fröhlich, Wahrnehmung und Wirkung des ersten großen Holocaust-Prozesses, in: Jörg Osterloh/Clemens Vollnhals (Hrsg.), NS-Prozesse und deutsche Öffentlichkeit. Besatzungszeit, frühe Bundesrepublik und DDR, Göttingen 2011, S. 233 ff.; Greve, NS-Gewaltverbrechen, S. 153 ff.

¹¹⁸ LG Ulm 1958, in: Rüter, Bd. XV, 1976, Lfd. Nr. 465a, S. 65.

¹¹⁹ Gem. dem Düsseldorfer Majdanek-Urteil von 1981 könne Handelnden „nur dann eine die Täterschaft anzeigende Gesinnung nachgewiesen werden (...), wenn sie über die ihnen aufgetragene Tätigkeit hinaus einen Tatbeitrag geleistet, besonderen Eifer gezeigt, sich bei den Vernichtungsaktionen auffallend rücksichtslos eingesetzt oder sonst zu erkennen gegeben haben, dass sie an den betreffenden Tötungen ein eigenes materielles oder politisches Interesse hatten“, in: Rüter, Bd. XLIV, 2011, Lfd. Nr. 869, S. 567; zu dem Prozess Heribert Ostendorf, Zur Erinnerung: Der Düsseldorfer Majdanek-Prozess (1974-1984), in: Hans-Ullrich Paefgen/Martin Böse/Urs Kindhäuser/Stephan Stübinger/Torsten Verrel/Rainer Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 325 ff.

¹²⁰ Lediglich die erste Instanz bejahte 1948/49 den Täterwillen Ohms, siehe oben III, 3 a).

¹²¹ LG Augsburg 1951, in: Rüter, Lfd. Nr. 287a, S. 607.

¹²² LG München II 1956, in: Rüter, Lfd. Nr. 427a, S. 557.

¹²³ LG München II 1957, in: Rüter, Lfd. Nr. 447, S. 255; i.E. auch LG München II 1956, in: Rüter, Lfd. Nr. 427a, S. 557. In Anbetracht der von Knöllinger während der drei nächtlichen Verhaftungswellen gezeigten Eigeninitiative erscheint die Annahme eines bloßen „Gehilfenwillens“ selbst unter Zugrundelegung der „extrem-subjektiven Theorie“ kaum haltbar. Der BGH hob daher das erste Urteil gegen Knöllinger wegen mangelnder Berücksichtigung des „Gesichtspunkt(s) der Tatherrschaft“ auf, woraufhin das Landgericht jedoch erneut wegen Beihilfe verurteilte, BGH 1957, in: Rüter, Lfd. Nr. 427b, S. 574; LG München II 1957, in: Rüter, Lfd. Nr. 447, S. 255.

¹²⁴ LG München II 1956, in: Rüter, Lfd. Nr. 427a, S. 558 f.

¹²⁵ Hierzu Arnd Koch, Zur Auslegung des Rechtsbeugungstatbestandes nach Systemwechseln, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2011, S. 470 ff.

gangs formulierte These zurückzukommen, nicht der Gesetzgeber, der für Freisprüche und milde Strafen sorgte; verantwortlich hierfür waren vielmehr angreifbare richterliche Beweiswürdigungen und fragwürdige rechtsdogmatische Konstruktionen. In gängigen Lehrbüchern fehlt heute regelmäßig jeder Hinweis auf die Entstehungshintergründe und Folgen der angesprochenen Rechtsfiguren¹²⁶. Ungenannt und für die Studierenden nicht erkennbar bleibt, das dogmatische Konstrukte nicht als Frucht „reiner“ logischer Deduktion entstehen, sondern vielfach, wie gezeigt werden konnte, aufgrund handfester rechtspolitischer Interessen. Abschließend sei disziplinarkritisch bemerkt, dass auch die Strafrechtswissenschaft der 1950er Jahre eine wenig vorteilhafte Rolle spielte. Die Aufarbeitung von NS-Unrecht wurde nach Gründung der Bundesrepublik bis zu Beginn der 1960er Jahre – von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen – we-

der im universitären Unterricht noch in Fachzeitschriften thematisiert¹²⁷. So bleibt der aus heutiger Sicht irritierende Befund, dass sich eine Fachwissenschaft über gut ein Jahrzehnt in Schweigen hüllte, während die Rechtsprechung scheinbar „dogmatische“, in Wirklichkeit jedoch interessegeleitete Auslegungen fand, ja erfand, die eine Aufarbeitung von NS-Unrecht erschwerten oder gar unmöglich machten. Die Prozessserie um die Ereignisse der „Penzberg Mordnacht“ ist hierfür ein Beispiel von vielen.

¹²⁶ Vgl. nur die lückenhaften Ausführungen zur „extrem-subjektiven Theorie“ in den Standardwerken von Helmut Frister, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 6. Aufl. 2013, 26. Kap., Rn. 18; Rudolf Rengier, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 5. Aufl. 2013, § 41 Rn. 6; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 43. Aufl. 2013, Rn. 515. Zwar findet der „Badewannen-Fall“ regelmäßige Erwähnung, die Auswirkungen der vom Reichsgericht geprägten Formel auf die Verfolgung von NS-Unrecht werden indes unterschlagen.

¹²⁷ Erst zu Beginn der 1960er Jahre griff eine neue Generation von Rechtswissenschaftlern die Thematik auf; vgl. etwa Herbert Jäger, *Betrachtungen zum Eichmann-Prozeß*, in: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 1962, S. 73 ff.; Konrad Redeker, *Bewältigung der Vergangenheit als Aufgabe der Justiz*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1964, S. 1097 ff.; Claus Roxin, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1963, S. 193 ff. und Jürgen Baumann, *Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1963, S. 561, für den es – mit Blick auf die zugespitzten Folgen der „extrem-subjektiven Teilnahmetheorie“ eine „entsetzliche Vorstellung“ war, dass man lediglich einen Täter (scil.: Adolf Hitler) und rund 60 Millionen Gehilfen habe. Lehrreich hierzu die Beiträge in Thomas Horstmann/Heike Litzinger (Hrsg.), *An den Grenzen des Rechts. Gespräche mit Juristen über die Verfolgung von NS-Verbrechen*, Frankfurt/Main 2006.

U.S. War Crimes Investigations and Army Intelligence Interests during Cold War Politics in Germany 1945-1947: The Mittelbau-Dora Case

Christiane Grieb

Despite the significance of a political will for war crimes trial justice, the politicisation of the American war crimes trial programme at Dachau (1944-1948) has not yet been fully recognised in historical studies of post-Nazi Germany. This study inquires into the U.S. war crimes trial policies and into the consequences of conflicting U.S. military intelligence policies for the U.S. military war crimes trial programme in Germany. In the last atrocity case tried in the autumn of 1947, USA v. KURT ANDRAE et al., the forced labour programme for the secret missile weapon production and the crimes committed in the attached concentration camp complex of Mittelbau-Dora, were the key focus of the trial. During the early Cold war era, not the law but U.S. foreign policy and prioritised U.S. intelligence operations demarcated the scope of war crimes prosecutions.

Im Zeichen der zunehmenden Bedeutung der Analysen zur Politisierung von Kriegsverbrecherprozessen (transitional justice), setzen sich historische Studien der juristischen und gesellschaftspolitischen Instrumente, die die Dachauer Kriegsverbrecher-prozesse gestalteten, langsam auch als Geschichtsfeld durch. Dieser Beitrag verschafft zunächst einen Überblick über: die Weisungen, die im amerikanischen Außenministerium für die Ahndung von deutschen Kriegsverbrechen erarbeitet wurden und über die widersprüchlichen Interessen des eigenständig in Deutschland operierenden amerikanischen Militärgeheimdienstes. Im Herbst 1947 fand der letzte amerikanische Konzentrationslagerprozess, *USA v. KURT ANDRAE et al.*, in Dachau vor Amerikanischer Militärgerichtsbarkeit statt, der Gerechtigkeit für die Opfer der mörderischen Zwangsarbeit in der V-Waffenproduktion herstellen sollte. Jedoch führ-

ten die bereits seit 1945 angewandten widersprüchlichen Direktiven für die Ahndung von Kriegsverbrechen die im Namen der Militärtechnik begangen wurden, auch im Fall der Kriegsverbrechen, die im Konzentrationslager Mittelbau-Dora und der V-Waffenproduktion seine Opfer forderten, zu strafbefreienden Konsequenzen für die Organisatoren des Grauens.

I. Introduction

How and why U.S. intelligence interests of the early Cold War era obstructed the U.S. war crimes trial programme at Dachau is an underrepresented aspect of German studies of the post-World War II era. Also, the U.S. war crimes policies for the trial of lesser war criminals were by no means clear on the apprehension of war criminals implicated with war crimes committed in Nazi armament

complexes and research institutions that drew their 'human resource' from Himmler's concentration camps. Rather, as Cold War tensions grew the pursuit of military superiority over the Soviet Union became the primary objective of U.S. military and foreign policy. Correspondingly, the willingness to sacrifice crimes for science prevailed among the U.S. army intelligence departments.

The last U.S.-led concentration camp trial of USA v. KURT ANDRAE et al. took place in the autumn of 1947. The trial prosecuted the war crimes committed in the name of the secret Nazi missile production by forced labour, which was provided by the SS concentration camp of Mittelbau-Dora. It put eighteen kapos and SS officers of the camps and the former General Director of the Mittelwerk corporation on trial. Compared to the first war crimes cases tried at Dachau in 1945 and 1946, the last concentration camp trial of 1947 was significantly different. By 1947, the heyday of successful Dachau prosecutions was past and increasingly, political objectives interfered with the work of prosecutors still seeking justice for the crimes discovered two years earlier.

II. Brief History of the Crime Scene

The concentration camp was created in fall 1943 for the sole purpose to provide the labour for the relocated Peenemünde production, after a British raid had destroyed the research and production complex on the peninsula of Usedom in August 1943. A new Reich-owned corporation – the Mittelwerk – was founded in September 1943, to manage the secret underground production of the V-2 missiles. Until March 1945, the Mittelwerk extended operations continuously and eventually accommodated also the jet-engine production for the Junkers air planes, various Peenemünde projects like the Wasserfall or Taifun, the V-1 production for the Luftwaffe and notably, Wernher von Braun's brainchild – the V-2 missile – for Speer's Armament Ministry under auspices of the SS Economic and Administrative Main Office (WVHA).¹

The decision for a mass production of the A-4 (V-2) missile by forced labour, which was to be provided by concentration camps, was made at the Army Ordnance in Peenemünde in spring 1943. Most notably under participation of prominent scientists such as Wernher von Braun, Walter Dornberger and Arthur Rudolph, Himmler was contacted to organise the supply of camp labour. Himmler seized the occasion and succeeded to establish the so-called "Kammler Committee (Kammlerstab) A-4". It was headed by SS Brigadier General Hans Kammler, Himmler's master engineer, who also had signed responsible for the constructions at the Auschwitz complex. Kammler coordinated the construction of the Mittelbau-Dora labour camp sites and the new underground production plant – the Mittelwerk – with Peenemünde. For this purpose, Kammler utilised the structures of, and experience of administrators at the WVHA

for the administration and allocation of camp labour to the Peenemünde projects, before the engineers of the Mittelwerk, notably Arthur Rudolph, coordinated the forced labour utilisations with the authorities at the attached Mittelbau-Dora concentration camp.²

Corresponding to the expanding production in the Mittelwerk, thirty-six subcamps of the Dora main camp sprouted in the region. Eventually, over 60,000 camp inmates were 'processed' as labour through the concentration camp system from October 1943 through April 1945. Over 20,000 of the former inmates died as a direct result of the forced labour regime in the Mittelwerk.

On 11 April 1945, American forces liberated the sites and encountered horrific sights of dead corpses, finding some of them staked like cordwood on carts in front of the crematoria. Dead bodies and emaciated, sick and weak survivors who had been left behind by the managers were also found in the underground tunnel system of the Mittelwerk. The last scientists had fled the crime scenes on Easter weekend of 1-3 April 1945. During these days, thousands of camp inmates, guarded by SS men, were sent on death marches, which ended fatally for many of them.

III. Positioning of the Mittelbau-Dora Case Within the U.S. War Crimes Trial Programme

Mittelbau-Dora was the first concentration camp liberated by the Americans, but for the Nazi technology it once produced, war crimes prosecutions by the Deputy Judge Advocate Office in Germany were not supported by the War Department in Washington. Only in summer 1947, a military court was established to try the atrocities in the last U.S.-led concentration camp trial. It took place 7 August 1947 through 30 December 1947.

In the meantime, the U.S. war crimes trial programme (1945-1947 at Dachau) had investigated 3,387 war crimes cases, prosecuted 1,672 accused in 489 war crimes trials and rendered 1,416 convictions.³ Thus, the U.S. military jurisdiction, precedents on the nature of camp crimes as atrocities and on the means of participating in war crimes by common design were well established by 1947 and posed no barrier to a prosecution of this war crimes complex. But, other than in 'typical' concentration camp cases tried at Dachau, the war crimes investiga-

² A-4 or Aggregate 4, was the technical name of the missile developed by the von Braun team at Peenemünde. Only Göbbel's propaganda dubbed it Vergeltungswaffe (vengeance weapon, or short V-2) after the first major launches against London, Antwerp and Liège in fall 1944; Rudolph was identified as suspected war criminal by the Office of Special Investigations at the Justice Dept. in 1982, and was forced to surrender his U.S. citizenship and deported to West Germany in 1984, he never stood trial.

³ Frank Buscher, *The U.S. American WC Trial Program in Germany, 1946-1955* (New York, Westport, Conn., London: Greenwood Press, 1989); Ludwig Eiber/Robert Sigel, *Dachauer Prozesse: NS-Verbrechen vor amerikanischen Militärgerichten in Dachau 1945-1948* (Göttingen: Wallstein Verlag, 2007); Lt. Colonel C. E. Straight to the Judge Advocate, European Command, Colonel James L. Harbaugh, Jr., "Report of the DJA War Crimes, European Command, June 1944 to July 1948" (EUCOM, 1948), and Appendix XVIII (following cited DJAO Report); Records of the Office of the Judge Advocate General (Army), NAW M 1106, RG 153 (Washington, D.C.: 1982).

¹ The Wirtschaftsverwaltungshauptamt (WVHA) was the economic branch of Himmler's SS organisation, striving to create the foundations of an autarkic German state under the helm of Himmler and the SS.

tion policies formulated during the important investigative phase in spring 1945, thwarted time-sensitive investigations and the preparations of a Mittelbau-Dora trial. Instead, competing U.S. army interests in the capture of wanted Nazis and engineers associated with the missile production, and the collection of any papers documenting their work for the Nazi regime, were carefully coordinated among the army intelligence units while investigations into the associated war crimes were delayed. This had detrimental effects on the gathering of evidence by the prosecution section in 1947.⁴

An introductory review section on the establishment of the U.S. war crimes trial programme, its propagated intentions and jurisdictional authorisations serves as a point of reference for the policy failures materialising during the investigation of the war crimes in the immediate post-war period, when the apprehension of suspected war criminals was crucial for any preparations of war crimes proceedings. The first part aims to clarify and review the jurisdictional authorisations for the Dachau concentration camp trials under Germany's military occupation as these were fundamentally different to those authorisations that established the much better known Nuremberg procedures. In the second part, I will take a critical look at the application of these policies in the concrete case of the Mittelbau-Dora war crimes investigations between 1945 and 1947. When enquiring into the implications of war crimes policies related to intelligence interests, and using the pre-trial and trial documents, I identified foreign policy interests and Cold War politics as main contributors to a delayed prosecution of the atrocities discovered in the first American-liberated concentration camp.

Let us start with a review of the origin of American jurisdictional authorities to try the concentration camp crimes in Germany; followed by a review of the specific American policies that were contrived to execute these jurisdictional powers with the implementation of the Dachau concentration camp trial programme.

IV. Features of the U.S. Military Jurisdiction

The significant feature of the U.S. war crimes trials at Dachau is the military jurisdiction under which they took place as result of an armed conflict. In occupied Germany, American military jurisdiction originated in the international customs of the law of war. Thereafter, a conquering army force could impose military jurisdiction on the belligerent nation after the commencement of hostilities. Once Germany had surrendered to the Allied forces, hostilities had ceased, which entitled the Allied forces to establish military jurisdiction in occupied Germany – executed as territorial, subject matter, and personal jurisdiction.⁵ Historical documents often refer

to this military jurisdiction as Allied control authority in Germany. The establishment of an Allied control authority in Germany paved the way to an authorisation of an American Military Government in Germany that administered such Allied control authority in the American occupied zone.

Thus, the jurisdiction and public administrative governance of occupied Germany 'as a whole' was executed through laws enacted by the Control Council. According to Control Council Law No. 1, each Allied occupying force committed the administration of their own military occupation zone to the "rule of justice and equality before the law".⁶ The sum of these rules establishing a supreme authority of U.S. forces in their respective occupied zone in Germany became known as U.S. occupation laws.

The commitment to equality before the law governed the Allied nations' decision to establish an international tribunal for the major war criminals at Nuremberg and subsequent trials for lesser war criminals and Dachau respectively. The Nuremberg proceedings were to demonstrate that Nazi German law and the system of National Socialist policies and doctrines was a criminal rule of law, while the trials of lesser war criminals at Dachau were to hold those collaborators accountable who administered and maintained the National Socialist rule of injustice, crime and inequality. By comparison, the Nuremberg trial of major Nazi war criminals took place under the auspices of an Allied treaty – the London Agreement of 8 August 1945 – that laid down the quasi, extra-judicial conditions, under which the Allies wanted to try the top brass Nazis in an Allied court. Thus, the Nuremberg trial was not established under specific military law, but in absence of then not yet existing international criminal law and war crimes procedures, as a treaty tribunal.⁷

The Dachau trial programme was established by the U.S. Military Government in the U.S. occupied zone to hold individuals personally responsible and to highlight the moral reasoning for the abrogation of Nazi rule, and its substitution by Allied military governance of Germany. It operated independently from the better-known Nuremberg proceedings under the auspices of American military law and in execution of U.S. foreign policies adopted for the governance of U.S. occupied Germany.

With the establishment of the U.S. Military Government in summer 1945, the governance of the U.S. army in Europe was reorganised to transfer the European Theater of Operations (ETOUSA), as been called during wartime, into a non-combat military power of occupation. The U.S. branch of the Supreme Headquarters Allied Expedi-

⁴ For details on war crimes investigations and the Peenemünde scientists, U.S. army intelligence operations at the camp sites, Operation Paperclip, jurisdictional challenges, the repatriation of the General Director Georg Rickhey and the politicisation of the Mittelbau-Dora trial at Dachau, see Grieb, C., *Fighting Justice at Dachau* (PhD Thesis University College London, 2014).

⁵ War Dept. (WD), *Army Manuals, FM 27-10, Rules of Land Warfare*, 3-6.

⁶ U.S. Military Government Regulations, "Law No. 1: Abrogation of Nazi Law", 30 Aug. 1945, MGR 23-201, Preamble, (Berlin: 1945).

⁷ These were only established in 1998 with the Rome Statute, which created the International Criminal Court at The Hague. But again, jurisdiction of the court is limited to binding those states that ratified the Rome Statute (a treaty) and recognised it as jurisdiction for war crimes proceedings. The USA pushed for its creation but still refuses to ratify it; see Charles Anthony Smith, *The Rise and Fall of War Crimes Trials: From Charles I to Bush II* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012).

tionary Forces (SHAFF) became U.S. Forces European Theater (USFET). In fall 1945, further reforms established the Office of Military Government, United States (OMGUS) in the U.S. Zone of occupation. For this purpose, all agencies previously operating under ETOUSA command were dissolved and officers released or transferred to agencies of OMGUS. OMGUS was established as of 1 October 1945, and became responsible for administering the U.S. zone of occupation and the U.S. sector of Berlin. It also represented the United States to the Allied Control Authority, the name given to the four-power occupation control system.

But the creation of OMGUS in fall 1945 did not dissolve USFET, so that army intelligence officers of USFET continued to operate separately in pursuit of army interests, which, as we will see, boycotted a coordinated investigation of war crimes whenever army interests in Nazi weapon technology were concerned. USFET was only dissolved in July 1947 and reorganised as U.S. Forces European Command (EUCOM).

The Allied Control Council Law No. 10 of 20 December 1945 provided general rules for Allied war crimes trials in Germany. It formulated policies in execution of the provisions of the London Agreement for subsequent military tribunals at Nuremberg (NMTs), set rules for the trial of members of criminal organisations and conferred supreme authority to the military governments in each zone of occupation.⁸ In the American zone, the conferred supreme authority was executed by the OMGUS departments. Hence, OMGUS had substituted the German sovereignty in the U.S. zone of occupation and had the right of military control according to conferred Allied authorisations. Accordingly, the U.S. military forces were authorised to implement their own war crimes trial programme and to define the specifics of the crimes and people they sought to prosecute in the American zone. Further, Council Law No. 10 remunerated provisions for the acts that would be prosecutable as crimes for the whole of occupied Germany, which included the 'crime of membership' in criminal National Socialist organisations. This crime was liable for the same penalties as traditional war crimes.⁹

Thus, by December 1945, the territorial and subject matter jurisdiction of Allied tribunals was established and powers were conferred to the commanders in each zone to assure that war crimes were tried and war criminals prosecuted in all zones of occupation.

V. The Administrative Governance of U.S. Military Courts in Occupied Germany

Jurisdiction of a government of occupation is also represented in due process procedures, which includes appropriate authority to establish courts or tribunals, to define war crime charges, and to implement the procedures that would govern such trials. To provide substantive and procedural due process of war crimes trials, the U.S. forces were governed by their own set of military rules

for the governance of U.S. operations in Germany. Several policies were adopted to identify perpetrator groups and to define a personal jurisdiction of U.S. Military Courts.

The legal foundation for the establishment and authorisation of governance of U.S. military government courts in Germany is found in regulations on the Rules of Land Warfare (FM 27-10) and the United States Army and Navy Manual of Military Government and Civil Affairs (FM 27-5) and in amendments proclaimed during the period of occupation. FM 27-10 of 1940 provided the international framework of Rules of Land Warfare for the identification of war crimes, of war criminals and of military authorisations of prosecutions, while FM 27-5 was the U.S. military's own guiding manual for an implementation of the specifics of a war crimes trial policy in the American zone of occupation.

Already in 1943, after Germany's axis partner Italy had surrendered in September 1943 and as preparations were made for the Moscow Conference later that fall, the Chiefs of Staff U.S. Army and Naval Operations of the War Department collaborated with legal bureaucrats in Washington to implement a revised "United States Army and Navy Manual of Military Government and Civil Affairs". The Manual was approved by the appropriate authorities in Washington on 22 December 1943, and stated the "the principles which serve as a general guide for the War Department, the Navy Department, Theater Commanders, and their subordinates in planning and exercising military government and control of civil affairs in territory occupied by forces of the United States" as the intended outcome of the U.S. combat operations in Germany.¹⁰ Various American directives were issued on the apprehension of war criminals, on war crimes indictable, and on the scope of occupation policies that were to accommodate these intended judicial procedures.

The American directives authorising the American war crimes proceedings, and military directives implementing the applicable trial procedures in the American Zone with the Dachau trials, were executed in accordance with inter-Allied agreements and American policies for Germany's occupation. With the decision to establish a military court for the hearings of the 'Nordhausen-Dora' case being made two years after the camp's liberation (11 April 1945) in May 1947, the eventual trial was mainly influenced by U.S. policies of the first initial phase (January 1945 through July 1945) and of the last phase (July 1946 through June 1948) of the American war crimes trial programme.¹¹ The investigation and preparation of the trial took place at a time when policies were still insufficiently formulated or their terminology ill-defined, while the trial's actual procedures fell into the last five months of 1947, when the American

⁸ ACA, Control Council Law No. 10, Art. II, III.

⁹ Ibid., Art. II.

¹⁰ Departments of the Army and Navy, United States Army and Navy Manual of Military Government and Civil Affairs, 22 December 1943, (War Department Field Manual FM 27-5, Navy Department OpNav 50E-3), 1.

¹¹ DJAO, Straight to Harbaugh, Jr, DJAO Report, 5-12 (second phase July 1945 – July 1946).

Military Government had already announced the termination of the war crimes trial programme for 31 December 1947.

The Combined Chief of Staff of the United States and Great Britain (C.C.S.), and the U.S. Joint Chiefs of Staff (J.C.S.) determined the policies that would govern the war crimes trial programme of the American forces in Germany. The Chief of Staff U.S. Army, the Chief of Naval Operations and Chief of Army Air Forces represented the branches of armed services in the J.C.S.. In 1942, the J.C.S. was created to reach agreement on U.S. military operations, and to coordinate army affairs with the U.S. government and the President's office domestically. The J.C.S. also represented U.S. military decisions made uniformly to the British Chiefs of Staff on the Combined Chiefs of Staff (C.C.S.), which was the British-American coalition command since February 1944.¹² After the war, the J.C.S. coordinated operations with the U.S. War Department and the Department of State in the U.S. occupied zone.¹³ Thus, the Directives on the trial of war criminals issued by the J.C.S. were largely adopted to implement allied agreements on Nazi war crimes trials in U.S. foreign policies for Germany's occupation.

VI. The Joint Chiefs of Staff Directives

Starting in 1944, the J.C.S. authored policies that were contrived to further U.S. interests in post-war Germany. According to official policy, the JCS-directives were issued for the military governance of Germany and formulated to offer guidance to the occupying American forces as an adequate expression of U.S. interests, commitments to tripartite Allied agreements, and to accords on the occupation policy in Germany negotiated by the European Advisory commission (EAC).¹⁴ Once approved by the U.S. Joint Chief of Staff, policies were transmitted for execution to the Commander-in-Chief, United States Forces of Occupation in Germany.

As Germany's war effort collapsed and as U.S. troops advanced deeper into Germany, the liberating army units needed more specific directives that would define the group of perpetrators and the crimes for which they could be prosecuted, so that investigations could be initiated immediately after discovery of crime scenes and acts of attrition. A closer look at these Directives reveal how its inadequate and contradictory provisions provi-

ded loopholes and impunity to implicated Nazis, who were wanted by the Judge Advocate Office as suspects and accused in war crimes procedures.

1. 1944-45: JCS 1067

A first American directive on the apprehension and trial of war criminals was U.S. JCS directive 1067, issued 24 September 1944. The directive was the primary directive for OMGUS during the initial phase of military occupation. It became later known as the interim directive for Germany, or JCS 1067.¹⁵ Critics of the directive pointed out the administrative problems of its execution, mainly that it tried to merge issues of vaguely defined military responsibility for future trials and issues of military occupation of defeated Germany into one directive. General Lucius Clay, then Eisenhower's deputy military governor of occupied Germany, was in disbelief when he received the policy at the planning staff office of the American Army at Versailles in May 1945. General Patton, then Military Governor of Bavaria, even left Germany to lobby for an overturning of the policy in Washington.¹⁶ The directive was formulated in Washington under complete disregard of logistic and economic realities that the occupying forces faced in post-war Germany.¹⁷ The most controversial part was the 'Morgenthau-Plan', devised by Secretary of the Treasury, Henry Morgenthau, who wanted to see Germany converted into a pre-industrial, agrarian society with all industrial bases dismantled and removed from Europe under reparation claims. This was in direct contradiction of the Yalta accords, which were to be implemented with the directive.¹⁸ At Yalta, Allied agreements on future zones were reached based on the assumption that Germany would have to commit future industrial production as reparation payment to the Allied nations, and the Soviet Union felt they should have been consulted. By the time Germany had surrendered in May 1945, there was still no definitive U.S. war crimes trial policy for implementation. The existing JCS 1067 directive had confirmed previous Allied declarations of intended war crimes proceedings but offered no specifics on the implementation of an U.S. war crimes trial programme. Eventually, the many controversies the directive had caused in the hallways of Washington and in occupied Europe led to its abandonment by

¹² Forrest C. Pogue, *United States Army in World War II European Theater of Operations: The Supreme Command* (Washington, D.C.: Office of the Chief of Military History Department of the Army, 1954), 49-53; Ray S. Cline, *The United States Army in World War II: The War Department*, Washington Command Post: The Operations Division (Washington, D.C.: Center of Military History United States Army, 1990), 98.

¹³ WD, FM 27-5/Navy Deprt. OpNav 50E-3, ii; and it revised 1947 version United States Army and Navy Manual of Civil Affairs Military Government, October 1947 (Army Field Manual FM 27-5, Navy Manual OpNav P22-115) (Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, October 1947), 17.

¹⁴ "JCS 1023/10-Joint Chief of Staff Directive on the Identification And Apprehension of Persons Suspected Of War Crimes Or Other Offenses And Trial Of Certain Offenders", (July 8 1945), in Telford Taylor, *Final Report to the Secretary of the Army on Nuernberg War Crimes Trials Under Control Council Law No. 10* (Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 15 August 1949), 242.

¹⁵ See "Directive to Commander-in-Chief of U.S. Forces of Occupation Regarding the Military Government of Germany; April 1945 (JCS 1067)", FRUS, 1945, vol. 3, European Advisory Commission, Austria, Germany", 484-495; (it amended the JCS 1067 of September 1944, the "Directive to Commander-in-Chief of U.S. Forces of Occupation Regarding in the Period Immediately following the Cessation of Organized Resistance (Post Defeat), 24 September 1944")

¹⁶ Dorn, "The Debate Over American Occupation Policy in Germany in 1944-1945", *Political Science Quarterly*, vol. LXXII, No. 4 (Dec., 1957), 481-482; Jean E. Smith (ed.), *The Papers of General Lucius D. Clay - Germany 1945-1949*, Vol. I (Bloomington, London: Indiana University Press, 1974), 3-10; Ziemke, *The U.S. Army*, 223.

¹⁷ "Directive to Commander-in-Chief of U.S. Forces of Occupation Regarding the Military Government of Germany; April 1945 (JCS 1067)".

¹⁸ Dorn, "The Debate Over American Occupation Policy in Germany in 1944-1945", *Political Science Quarterly*, vol. LXXII, No. 4 (Dec., 1957), 481-482, 497.

summer 1945 and its replacement by JCS 1023/10 in September.

2. July 1945-July 1947: JCS 1023/10

A first comprehensive post-war directive dealing with war crimes was issued to the Commander-in-Chief with JCS Directive 1023/10 in September 1945, merely one month after the Yalta agreements on reparations were confirmed at Potsdam with the creation of zones of occupation and military government rule in Germany. It formalised the zone of U.S. military government jurisdiction in Germany, but the authorisation to try war crimes did not imply that suspects could be brought to trial. Specific directives on the U.S. war crimes trial policies were needed.

Still, JCS 1023/10 became the basis for U.S. occupation policy until July 1947, the month charge sheets were served on the defendants of the last concentration camp trial, *USA v. KURT ANDRAE et al.* This "Directive on Identification and Apprehension of Persons Suspected of War Crimes or Other Offenses and Trial of Certain Offenders" called for the prosecution of all persons who had committed war crimes after Hitler's party had seized power in January 1933. This would have allowed for the trial of war crimes committed prior to the war. Under these broad terminologies, the Theatre Judge Advocate cautioned that essentially all 100,000 interned Germans and all under investigation would have to be charged with war crimes.¹⁹ The directive also declared all who had taken a consenting part, who were accessories to crimes, and "members of groups and organizations connected with the commission of such crimes" were potential war criminals under the objective of the directive.²⁰

Already in 1944, Harvard Law scholar Sheldon Glueck proposed in his influential book *War Criminals: Their Prosecution and Punishment* to have war criminals prosecuted in the zone of occupation. Advising the American President on future war crimes trials of lesser war criminals, Justice Robert H. Jackson wrote a letter on the issues to President Truman on 4 December 1945. He proposed an implementation of JCS 1023/10 "within the military government structure." He argued that:

The integral nature for the war crimes problem has become apparent in the examination of the responsibilities imposed upon the Theatre Commander in relation to my own field of action. The treatment of war criminals, including the so-called "membership cases," is a part of the entire operation of governing Germany, and would appropriately become a task of the occupational machinery. Moreover, it has been a matter of constant experience that an independent office, such as mine now [the Office of U.S. Chief of Counsel], must draw upon the occupational authorities for a variety of services, and in this respect the situation would, I am sure, be facilitated by bringing the United States prosecutor directly under the military government.²¹

Under the influence of experiences with the huge logistic and administrative effort made in preparation for the military tribunals at Nuremberg, the U.S. administration adopted a two tier war crimes trial programme: that of trials of major war criminals at Nuremberg and one of lesser war criminals under U.S. occupation law. Though expressed in rather formal terms, Jackson's main concerns were criticisms that the Nuremberg IMT proceedings had received in the public and among scholars. While the German defense counsel charged the whole proceedings as being "victor's justice", the concerns of Continental scholars about violations of the *nullum crimen sine lege* (no crime without law) and *nulla poena sine lege* (no punishment without law) principles of criminal law were shared among American lawyers, who by analogy knew these maxims as the *ex post facto* clause of the American Constitution.²² On 5 December 1945, Lt. General W. B. Smith of the Office of the Chief of Staff at the White House acknowledged Jackson's letter and concurred regarding the proposal for an amendment of a drafted Executive Order on the subject of further trials of lesser war criminals.²³

A trial programme of lesser war criminals would not see prosecuted a few representative figures as in the Nuremberg proceedings, but would charge thousands of perpetrators and accessories to crimes. Thus, the decision as to the kind of war crimes that constituted 'Nazi atrocities' likewise defined who would have to be charged in such proceedings. Under the existent War Crimes Branch Directive that was issued by the European Theatre Judge Advocate on 24 February 1945, the only reference was still the personal affiliation with Nazi organisations that declared membership in Nazi organisations criminal rather than providing precise definitions of the acts that would be deemed war crimes. Under this Army Directive, all Germans deemed to be 'membership-Nazis' would become suspects. Considering that more than 8 million Germans had become members of the Nazi party by May 1945, the potential numbers of war criminals challenged the feasibility of such war crimes trial undertaking altogether.²⁴ The Commanding General of the U.S. Army, in Europe (USFET), Joseph T. McNarney, warned the Chief of Staff in the War Department in Washington on 5 De-

U.S. Chief of Counsel, APO 403, U.S. Army to the President [H. Truman] on 4 December 1945, in Taylor, Final Report, Annex 3, 262-263.

²² Philip Marshall Brown, "International Criminal Justice," *The American Journal of International Law* 35:1 (January 1941), 118-121; Trial of Major War Criminals Before the International Criminal Tribunal (Nuremberg: 1948), Dr. Stahmer delivered the "Motion Adopted by All Defense Counsel," 19 November 1945, contesting a "yet valid international law" for such tribunal. The motion was rejected two days later, ruling that insofar as that a plea to the jurisdiction of the Tribunal was in conflict with Article 3 of the Charter; also Dr. Hermann Jahrreiss, Statement by the Counsel for Defendant Jodl, vol. XVII, 458-494; Taylor, Final Report, 218; Bradley F. Smith, *Reaching Judgment at Nuremberg* (New York: Basic Books, Inc. Publishers, 1977), 72.

²³ Taylor, Final Report, 242, 248; Lt. General and Chief of Staff W. B. Smith to Justice Jackson, 5 December 1945, in Taylor, Final Report, 264.

²⁴ Hilary Earl, *The Nuremberg SS-Einsatzgruppen Trial, 1945-1958: Atrocity, Law, and History* (Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 2009), 25.

¹⁹ Straight to Harbaugh, Jr, DJAO Report, 23-24; Ziemke, *The U.S. Army*, 394.

²⁰ Taylor, Final Report, 4-5.

²¹ Robert H. Jackson, Chief Counsel for the United States, Office of

cember 1945, that a “literal compliance with JCS 1023/10 is, in practice, out of the question”. Even if the case load could be curtailed after the IMT determined which of “the indicted organizations” were indeed criminal in a judgement to be rendered later that year, it could still easily add another 100,000 to 200,000 ‘membership cases’ to the workload of the war crimes offices.²⁵

After further discussions among representatives of the USFET, the office of the Chief Counsel for the Prosecution of Axis Criminality (Justice Jackson’s office) and the OMGUS Denazification Policy Board, it was decided that the USFET War Crimes Group would conduct all investigations into concentration camp crimes, while the Office of the Chief Counsel for the Prosecution of Axis Criminality would investigate and prosecute the cases of the major war criminals in Nuremberg.²⁶ Thus, Directive 1023/10 delegated responsibilities for trials of lesser war criminals, such as concentration camp personnel, SS guards, soldiers and enemy civilians, to the military theatre commanders. This directive remained policy until July 1947.

Therefore, this Directive was applicable during the investigations into the crimes, crime scenes and implicated people that were conducted at the Mittelwerk and Mittelbau-Dora camp complex after liberation in 1945. It shaped the preparation of charges to be laid in the Mittelbau-Dora-Mittelwerk complex trial, though the trial was conducted after the Directive’s expiration, from August 1947 through December 1947. However, it was much more comprehensible to the common man in America and defeated Germany to have trials under military jurisdiction tried in the occupation zone as long as war crimes were being tried uniformly under the laws of the occupying forces.²⁷

For this purpose, the War Crimes Group moved from Paris into the American occupied zone – to Wiesbaden near Frankfurt am Main – and assigned the prosecution of war crimes before military government courts to the Third and Seventh Army in July 1945.²⁸ The Third Army lodged its War Crimes Detachment at former concentration camp Dachau and the Seventh Army started to screen all SS prisoners held at the Civilian Internment Enclosure No. 78 at Landsberg for matches with wartime reports of war crimes. A few months later, over a thousand suspects in SS-organised war crimes alone were being detained at Landsberg, when an annex to the Civilian Internment Enclosure No. 78 became War Criminal Prison No. 1 in 1946.²⁹ Eventually, all Dachau defendants, including those convicted in the Nordhausen-Dora trial of 1947, served time there.

3. The Shortcomings of JCS 1023/10

But still, sections of JCS 1023/10 on an establishment of a war crimes trial programme were insufficient. The scope of the army’s authorisations was still very broadly termed because it did not provide guidance as to what crimes the stated “atrocities and other offences including atrocities and persecutions on racial, religious or political grounds, committed since 30 January 1933” would refer. Its vague wording also provided insufficient guidance on the group of potential defendants in conducted war crimes trials. Further consultations with the Theater Commander and the officers at the J.C.S. offices resulted in the decision to extent the trial of war criminals (so far only defined in the London Charter for the International Military Tribunal), to:

(1) such leaders of the European Axis powers and their principal agents and accessories as were not under indictment before the [IMT] in the trial then in progress, and

(2) members of groups and organizations, which might be declared criminal by the IMT.³⁰

Under consideration of revisions advanced by the War Department, President Truman mended the flaw in the existing theatre directive and issued Executive Order 9679, (EO 9679) on 16 January 1946. This implemented the specifics applicable for the identification war criminals as part of the U.S. war crimes trial policy.³¹

According to this new definition of war criminals being all principal agents and accessories in support of Hitler’s war, and not indicted at the IMT in Nuremberg, all four managers of the Mittelwerk, the SS functionaries of the Economic Administrative Main Office working under auspices of the so-called Kammler Committee A-4, the engineers who were members of the Kammler Committee and helped to implement the V-2 missile mass production by slave labour in the Mittelwerk, as well as the scientists of the Army Ordnance’s research detachment at Peenemünde, and the representatives of Speer’s ministry on the Special Committee A-4, were collaborators in the management of the forced labour regime in the relocated Peenemünde operations.

The managers, engineers, scientists, SS functionaries and army personnel who deliberately and actively pursued the speedy establishment and management of the Mittelwerk and its attached Mittelbau-Dora concentration camp complex to provide forced labour, and all who had committed war crimes within the Mittelwerk facilities who were not indicted at the IMT, fell under this definition of a war crimes suspect. Of the over 600 individuals responsible for this forced labour complex, only Albert Speer had faced prosecution in Nuremberg before. But, since USFET forces were the first to enter the mass atrocity sites, and them not providing the Judge Advocate Office reports of arrests of any of these functionaries, all

²⁵ Commanding General, U.S. Army, European Theatre, Joseph T. McNarney, Ltr. to CoS WD, “Organization for Further Proceedings against Axis War Criminals and Certain Other Offenders”, 5 December 1945, Appendix F, Annex 5, in Taylor, Final Report, 265.

²⁶ Ibidem; Ziemke, The U.S. Army, 395.

²⁷ Glueck, War Criminals, 5, 120.

²⁸ Ziemke, The U.S. Army, 392.

²⁹ Straight to Harbaugh, Jr, DJAO Report, 9-10; Ziemke, The U.S. Army, 392.

³⁰ Straight to Harbaugh, Jr, DJAO Report, 24.

³¹ Harry S. Truman, Executive Order 9679, 16 January 1946, Appendix G in Taylor, Final Report, 267; Straight to Harbaugh, Jr, DJAO Report, 25.

of those responsible, except for Speer, walked off unmolested, despite the clear definition of suspected war criminals as those being who were "principal agents and accessories in support of Hitler's war". That the weapon development and secret weapon production by forced labour were realised in support of Hitler's war, could not be doubted by anyone being of sound mind.

Also, the military government amended existing regulations for the trial of the accused before military government courts. In July 1946, the army "Manual for Trial of War Crimes and Related Cases (1923)" was amended, and specified that:

[...] rules may be modified to the extent that certain steps in the trial may be omitted or abbreviated so long as no rights granted to the accused are disregarded. Opening statements in particular may frequently be omitted. No greater formality than consistent with a complete and fair hearing is desirable and the introduction of procedural formalities from the Manual of Courts Martial or from trial guides based thereon is discouraged except where specifically required by these rules.

The manual made clear that the elaborate regulations under courts martial were not per se applicable to the trial of Nazi war criminals before U.S. military courts in Germany. Rather existing military law was to be amended in accordance with the Allied war crimes trial policies and the political aim of denazification as part of the occupation policy in the U.S. military occupied zone. This was also the adopted procedure for the Nordhausen-Dora case in Dachau.³²

4. July 1947: JCS 1779

Eventually, the proclamation of Joint Chief of Staff Directive JCS 1779 for Germany's occupation replaced the controversial JCS 1067 in July 1947. Its provisions were introduced to shift U.S. occupation policy from the exclusively punitive and denazification objectives towards a foreign policy of reconstruction, economic recovery in Europe, and eventual self-governance of Germany.³³ It directed that the "basic objective of the occupation is the reestablishment of the rule of law in Germany," and required the staff of all U.S. agencies "to refrain from arbitrary and oppressive measures" in the occupation of Germany. While JCS 1067 had still directed the U.S. forces of occupation in Germany to "take no steps looking toward the economic rehabilitation of Germany [or] designed to maintain or strengthen the German economy", JCS 1779 now declared that "an orderly, prosperous Europe requires the economic contributions of a stable and productive Germany."³⁴ With JCS 1779, the USA declared finally that war crimes trials were not longer an objective of its occupation policy. Nonetheless, investigations and prosecutions that were already under way had to be com-

pleted under the military jurisdiction of the U.S. forces in Germany.

5. Consequences of the JCS Directives

In consequence of the formal assumption of military jurisdiction of U.S. forces in the U.S. occupied zone, the Theater Commander had inherited jurisdictional powers as Military Governor. Under military laws, he was authorised to issue further directives for civilian war crimes personnel to administer oaths in war crimes investigations for the U.S. Army War Crimes Branches. According to pre-trial documentations for the Nordhausen-Dora case, these directives were sent to all investigators in the war crimes branches of the Judge Advocate Office.³⁵ Under the aspect of jurisdiction, definitions and directives were established for the trial of individuals formerly involved in slave labour and armament projects of the Reich. At the same time though, army commands did not advance the Allied objectives of war crimes proceedings or cooperated with investigators at the Judge Advocate's War Crimes Branches effectively. Main reasons were institutional problems and conflicting arrest authorisations that, on one hand, governed the investigations by army officers, and on the other hand, those of the Counterintelligence Corps (C.I.C.) searching for German military technologies and its Nazi scientists.

VII. Institutional Problems and War Crimes Investigations, April 1945-July 1947

In absence of prior plans for the coordinated organisation of war crimes investigation teams under the helm of the Judge Advocate Office of the War Department, the former U.S. branch of SHAEF – USFET – remained in charge of directing U.S. forces commands to investigate crimes discovered during liberation of camps and early military occupation of Germany.³⁶

Lower commands, though, failed to pay attention "to the necessity and urgency of investigations, apprehensions, and congregations of war criminal suspects and unfriendly witnesses to war crimes" before the personnel of the War Crimes Branch Headquarters, Twelfth Army Group was eventually transferred to a new War Crimes Group (WCG) at Wiesbaden. Although the new WCG as now a staff section of the Judge Advocate Division of the War Department, its reliance on USFET units for transportation and logistics, the notorious lack of own staff, and the special authorities under which the army's own intelligence teams screened individuals in automatic arrest categories, "could not furnish war crimes agencies with adequate apprehension service."³⁷

³² DJAO, War Crimes Group, APO 178 (Dachau), "Manual for Trial of War Crimes and Related Cases (1923)", 15 July 1946, as amended, in USA v. KURT ANDRAE et al., NAW M 1079/1/Pretrial Documents.

³³ Buscher, The U.S. War Crimes Trial Programme, 49.

³⁴ Michael Beschloss, The Conquerors: Roosevelt, Truman and the Destruction of Hitler's Germany, 1941-1945 (New York, London, Toronto et al.: Simon & Schuster, Inc., 2002), 277.

³⁵ Nordhausen-Dora investigations: Letter HQ ETOUSA to U.S. States Forces in Austria et al., file AG 230 GAP-AGCP, subject: "Authority for Civilians to Administer Oaths in Connection with War Crimes Investigations", 2 April 1946. Forces in Europe, et al., file AG 000.5 OpJA; subject: "War Crimes Suspects and Witnesses", 4 May 1945; Straight to Harbough, DJAO Report, 26.

³⁶ SHAEF's mission terminated with V-Day, SHAEF was dissolved officially on 14 July 1945, Gen. Eisenhower created its successor, peacetime commands USFET in anticipation of their mission already 1 July 1945. As before SHAEF, USFET (U.S. Forces, European Theatre) took HQs in the I.G. Farben building in Frankfurt a. M.; Ziemcke, The U.S. Army, 317.

³⁷ NAW M 1079/1/Hqs. ETOUSA and Hqs 12th Army Group, sub-

The lack of a consequent national policy on arrests had effects on coordinated investigations and the channelling of evidence to War Crimes Branches. On 24 February 1945, with the establishment of such branches among the occupying forces, all army commands were assigned 'general responsibility of collecting and forwarding evidence to war crimes branches'.³⁸ From April through July 1945, during the important phase of suspect apprehensions and war crimes investigations at the liberated Mittelbau-Dora-Mittelwerk complex, USFET army commands still focused on enforcing the capitulation and disarmament of Germans, while simultaneously the judicial objectives of a war crimes programme and prosecutions were still defined in the State Department and that army intelligence forces were operating in the vicinity upon their own agendas. The war crime trial programme was defined as objectives of the U.S. governance of Germany; as part of U.S. foreign, early Cold War policies, but not as an immediate necessity to prosecute war criminals. Responsibility for the apprehension and detention remained decentralised and was "assigned indiscriminately to one or more agencies" – most notably to army counterintelligence teams – who operated "in addition to their normal functions" without any arrangements for a congregation or prosecution of suspects.³⁹

1. Conflicting Counterintelligence Operations

The Counter Intelligence Corps (C.I.C.) provided intelligence on foreign targets to the War Department and U.S. Army and controlled international communications to prevent U.S. military information from falling into improper hands. It was the operating intelligence section of the Assistant Chief of Staff (ACoS) G-2 War Department General Staff (WDGS) office.⁴⁰ A few days before the J.C.S. issued the official foreign policy directive to the European Command in Germany on 11 July 1947, the J.C.S. and the British Chiefs of Staff had approved an intelligence directive for the exploitation of German scientists and their denial to the Soviets, and informed Army Air Force and the Navy departments, because these had expressed an interest in an exploitation programme. On 6 July 1945, the ACoS G-2 WDGS office circulated this secret internal memo on the principles and procedures that were to govern such "exploitation of German specialists in science and technology in the United States". The inclusion of known or alleged war criminals in the programme was prohibited and the whole programme was to be limited to a "minimum number of German specialists" who were to return to Germany upon completion of the exploitation of their knowledge in the USA.⁴¹ Basi-

cally, the intelligence teams of Army Air Force and Army Ordnance already operating since April 1945 at the various former slave labour sites of the Nazi weapon production and armament industries, became post-facto authorised, and were permitted to extent their own exploitation programme under these formalised principles of technology exploitation, parallel and in secrecy to the public policy of war crimes investigations issued to the American Office of Military Government (OMGUS) and the U.S. Army Commands in Germany.

In Germany, the counterintelligence section of the General Staff U.S. Army (G-2, USFET) and the C.I.C. implemented the secret ACoS G-2 exploitation memo and operated independently from OMGUS in their hunt for these "specialists". Charles Fahy, the Director of the Legal Division OMGUS complained to Robert Murphy, the Political Advisor to the Military Governor Lucius Clay in April 1946 about the interrogations methods applied by C.I.C. teams, their obstruction of investigations and their autonomy that kept their actions out of OMGUS' oversight. Only in December 1946 USFET Commanding General McNarney put the C.I.C. under authorities of OMGUS.⁴² During the first months after the war, the Judge Advocate for war crimes had no control over investigations, only over prosecutions. The work of his investigating teams was further hampered by an internal army ruling, that investigating officers on the lowest level of army commands were not allowed to carry out an arrest of a suspect but were ordered to contact the C.I.C., not the War Crimes Group, for a decision on arrests. Only the C.I.C. was allowed to carry out arrests.⁴³ So, while investigations of war crimes and prosecutions were the responsibility of the War Crimes Branches, arrests were patronised by C.I.C. officers and detention was in the responsibility of the Military Police, which acted under commands of the Theater Provost Marshall.⁴⁴

Also, by comparison, the Office of the U.S. Chief Counsel for the Prosecution of Axis Criminality (OUSCCPAC) at Nuremberg had been provided with legions of staff, resources and communication logistics for the editing and preparation of evidence, including material from the Nordhausen-Dora camp sites, there was almost no communication between Jackson's staff in Nuremberg and the Deputy Judge Advocate Office responsible for trials of lesser war criminals at Dachau, to provide support in the preparation of a Mittelbau-Dora trial.⁴⁵

ject: troop assignments (May through June 1945, 28-30; Straight, DJAO Report, 8.

³⁸ Ltr. HQs ETOUSA, to U.S. Strategic Air Forces in Europe, et al., file AG 000.5 OpJA, subject: "Establishment of War Crimes Branches," 24 February 1945, in NAW M 1079/1/ Documents of Authorization.

³⁹ Straight, DJAO Report, 17.

⁴⁰ Frank J. Rafalko (ed.), *Counterintelligence in World War II* (Washington, D.C.: National Counterintelligence Center, 1994), 23.

⁴¹ Memo, AC/S, G-2 to CG, AAF, 6 July 1945, subj.: "Exploitation of German Scientists in Science and technology in the United States", in Clarence Lasby, Project Paperclip: German Scientists and the Cold War (New York: Atheneum, 1971), 77-78.

⁴² Fahy to Murphy, 29 April 1946, cited in Dieter Waibel, *Von der wohlwollenden Despotie zur Herrschaft des Rechts: Entwicklungsstufen der amerikanischen Besatzung Deutschlands 1944-1949* (Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1996), 203; on 14 Oct 1946, McNarney had already revoked authorities of war crimes trials on district army levels.

⁴³ DJA Col. Straight Interview by Tom Bower, in Bower, *Blind Eye to Murder: Britain, America and the Purge of Nazi Germany – A Pledge Betrayed*. London, UK: André Deutsch Limited, 1981), 121.

⁴⁴ Waibel, *Wohlwollende Despotie*, 202.

⁴⁵ *Ibid.*, 120; NAW M 1079/1/ Pretrial documents; obvious reasons cannot be discerned from the trial documents, but the fact that both offices worked under own, and very specific authorities, seems to have contributed to the work of two independently, and from each other separately operating administrations – at least in the case of preparations of the last U.S.-led war crimes trial.

Similarly, the JCS-directives changed nothing in the work of the understaffed war crimes teams that obtained no logistics or personnel support from Eisenhower's US-FET headquarters. Further investigations into the concentration camp atrocities that had been discovered and documented were completely halted when the war crimes groups were bared from further investigations of concentration camp atrocities, after the Supreme Command decided to leave these cases to the investigating teams of the victims' governments.⁴⁶ Other than extermination camp atrocities, concentration camp crimes were committed in pursuit of forced labour programmes for the Reich. It was completely fatuous to believe that the recently liberated countries – and prisoners from over 45 nations were forced to labour in the V-weapon production – were prepared to dispatch investigating teams to the Mittelwerk and the thirty-six subcamps of Mittelbau-Dora for own investigations. The American armies bore the responsibility of initiating investigations of camp atrocities that had been discovered by their armies, and to prepare case files for future prosecutions.

2. Conflicting Arrest Authorisations and the Role of the Counter Intelligence Corps, April 1945-October 1945

Especially problematic was the internal army ruling authorising only C.I.C. officers to carry out the arrest of suspected war criminals while investigations of war crimes rested with army units and prosecutions with military commissions in the early phase of the camp's occupation. Because one objective of C.I.C. actions was also to prevent captured military technology intelligence from falling into Soviet hands, the C.I.C.'s separate authorisations for arrests of war criminals led to an obstruction of justice when it came to scientists wanted by the Judge Advocate for the crimes associated with the discovered heaps of ashes surrounding the crematoria and the dead bodies found in the Mittelwerk and the attached labour camps during the investigative phase.

Paragraph 8 of J.C. 1067 authorised C.I.C. teams to offer suspected war criminals preferential treatment whenever they assessed that shielding suspects from war crimes investigations was warranted "for intelligence or other military reasons".⁴⁷ For example, in the first week of May, teams of the C.I.C. and the Combined Intelligence Objectives Subcommittee (CIOS) teams interrogated Wernher von Braun and the about 450 top-people of the V-weapon production who had secretly left the Mittelraum in sleeping cars of the 'vengeance express' to Bavaria.⁴⁸ Nobody informed the War Crimes Branch of the Judge Advocate Section of ETOUSA headquarters of the capture of the Mittelwerk employees and the leading German Army Ordnance officers by C.I.C. teams. This happened despite the fact that the War Crimes Branch had dispatched Signal Corps and War Crimes Investigating Team

(WCIT) 6822 led by Major Fulton Vowell to Mittelbau-Dora and the Mittelwerk already in April 1945, to document the atrocities committed at the Mittelwerk and its attached concentration camp complex, to gather testimonies of survivors and to "conduct investigations in connection with alleged war crimes" committed at "one of the most horrible examples" of a "Nazi slave labour complex" in liberated Germany.⁴⁹ In May 1945, the same month that the most comprehensive report on discovered war crimes was prepared by hygiene officers, Signal Corps photographers and Major Fulton Vowell's team at the discovered crimes scenes, also most documents, potential witnesses and implicated managers of the Mittelwerk Ltd., the Special Committee A-4 (V-2) and of the Kammlerstab were in custody of the C.I.C. and CIOS teams in Bavaria.⁵⁰

By the time, the former Mittelwerk engineers and the von Braun group surrendered in Bavaria, paragraph 8 (a) of JCS 1067 ordered the U.S. forces to "search out, arrest, and hold, pending receipt by you of further instructions as to their disposition, Adolf Hitler, his chief associates, other war criminals and all persons who have participated in planning or carrying out Nazi enterprises involving or resulting in atrocities or war crimes".⁵¹ Despite the fact that crime scenes and authorities of the Mittelbau-Dora and Mittelwerk complex were already under investigation for having participated in the planning and carrying out of a criminal Nazi enterprise, a concentration camp complex in the Mittelraum district, and albeit the fact that these operations had resulted in atrocities documented by war crimes investigators, the Nazi army elite in Bavaria could enthrall C.I.C. interrogators with their fantastic visions about future long-range weapon technology without facing treatment as war crimes suspect.⁵² This was possible because paragraph 8 (b) JCS 1067 watered down general arrest warrants by authorising intelligence personnel to make exceptions "for intelligence or other military reasons" whenever they deemed it "advisable".⁵³ A directive issued by Headquarters of ETOUSA on 4 May 1945, which ordered military intelligence personnel to forward such information obtained "in the course of their intelligence functions" to war crimes branches, was simply ignored.⁵⁴

⁴⁶ Bower, *Blind Eye to Murder*, 123.

⁴⁷ JCS 1067 (April, 1945), Paragraph 8.

⁴⁸ CIOS (Combined Intelligence Objectives Sub-Committee, was Combined Intelligence Objectives Sub-Committee (CIOS) – a suborganisation of the JCS's intelligence organisation Joint Intelligence Objective Agency (JIOA).

⁴⁹ NAW, M 1079/Target 7/Prelim. Investigations, dispatch orders; Hqs. ETOUSA, AG 210.6, Circ. No. 140, 15 April 1945.

⁵⁰ NAW M 1079/4/vol. 24, "Sworn Statement of James L. Salmon, Colonel Medical Corps, Division Surgeon, dated April 16, 1945", 317-318; NAW M 1079/4/371 – Salmon's report; Prosecution Exhibits: P-56, 57, 59, 60, 61, 62 for reports of Hygiene Officers; Major Fulton C. Vowell's report, 25 May 1945, NAW M 1079/4/942; conclusions of investigations introduced as prosecution exhibit, NAW M 1079/8/vol. 42, exhibits P-57, P-59, 60, 61, 62.

⁵¹ DoS, JCS 1067 (1 April 1945); FRUS, vol. 7 (1944-45), 196, 201.

⁵² Michael J. Neufeld, Wernher von Braun: Dreamer of Space-Engineer of War (New York: Vintage Books Edition, 2008), 196-197, 201-204; Mittelraum was the code name of the Nazis for the district of secret armament production, located in central (middle) Germany.

⁵³ DoS, JCS 1067", (1 April 1945), FRUS, 1945.

⁵⁴ Ltr. HQs ETOUSA, to U.S. Strategic Air Forces in Europe, et al., file AG 000.5 OpJA, subject: "War Crimes Suspects and Witnesses," 4 May 1945, in NAW M 1079/1/Documents of Authorization.

VIII. Denying Evidence to Investigators and Prosecutors

That only C.I.C. screened and decided on arrests and detention of the engineers and managers who once collaborated with the SS concentration camp administration of Mittelbau-Dora, led to a situation in which all incriminating documentation on managers of the Mittelwerk and the von Braun group remained absent from war crimes investigating files. Instead, the former Mittelwerk managers were in possession of these documents and transferred the files as barter to U.S. intelligence officers. Then, these officers classified related documents and brought them for examination to the USA, together with the captured Nazis in 1945. The General Director of the Mittelwerk successfully removed 40 steel boxes from the Mittelwerk which the prosecutions team could not obtain in preparation for trial proceedings. The Chief Prosecutor learned of the removal of the boxes to the USA only in May 1947, and despite his repeated requests for transfer of the material to the Dachau War Crimes Detachment, he found no cooperation at the War Department in Washington.⁵⁵ Also Wernher von Braun, who was the Technical Director of the Special Committee A-4 at Peenemünde, and collaborating with Kammler's Committee A-4 at the Mittelwerk, successfully removed documents about the Mittelwerk operations from his personal offices near by the Mittelwerk.⁵⁶

In May 1945, Major Staver, an engineer of the Army Ordnance's technical intelligence team, was sent from Nordhausen to Bavaria and assigned to the CIOS team that took care of von Braun and his men. Staver was able to extract the information on the location of von Braun's archive from his deputy Karl Otto Fleischer. A CIOS team travelled with von Braun to Dörnten and helped retrieve the documents from the salt mine shaft on 20 May 1945, before the British took over the area according to the territorial exchange agreements reached at Yalta.⁵⁷ Both transfers of documentary evidence to the intelligence teams happened when the War Crimes Branch of the Judge Advocate Section of ETOUSA was still investigating the war crimes associated with the forced labour camps of Mittelbau-Dora and when Major Vowell prepared his final report on the investigations of the atrocities committed in the name of Nazi missile technology.⁵⁸ May 1945 was the month that the most incriminating accounts about life, work and death at the 36 camps of the armament complex were reported, and that simultaneously, those responsible for its creation and management bartered vaults of evidentiary documents to intelligence officers, who denied war crimes investigators access to these records. Eventually, the Mittelwerk managers and von Braun bartered successfully fourteen tones of documents to intelligence teams to negotiate their

own fates before war crimes prosecutors learned of these records, too late and without any consequences in 1947.

When Major Staver, a fierce advocate of the U.S. missile programme, met the scientists at Reutte, he complained about their harsh treatment as suspects and insisted that the scientists, deserved to be treated as gentlemen. For him and his team, the capture and protection of those responsible for incorporating and managing the deadly V-2 weapon complex was a matter of "even Steven" between German and American missile scientists.⁵⁹ For the technical intelligence teams it was not the final encounter between the Americans who fought the criminal regime later prosecuted at Nuremberg and Nazi scientists who helped to maintain this terror in Europe, but a friendly meet-up with colleagues.

Hence, not only on paper but also in practice, special arrest authorisations of the intelligence teams for such war crimes suspects associated with intelligence targets of the army and War Departments thwarted the collection of war crimes evidence and the detention of war crimes suspects. This was especially obstructive during the pre-trial and investigative phase of the Nordhausen-Dora atrocity case during the pretrial term of 1945 and 1946.

According to the clear directive in paragraph 8 (b) of JCS 1067, U.S. forces were ordered to arrest and detain officers of the "German military organisations or military research agencies" and "chief associates, other war criminals and all persons who have participated in planning or carrying out Nazi enterprises involving or resulting in atrocities or war crimes" as "Nazis or Nazi sympathisers" and potential war crime suspects. That the relocated Peenemünders, the Special A-4 Committee and their collaborators in the Mittelwerk were carrying out military research for the Third Reich that led to the high death tolls in the attached concentration camp was known to the intelligence teams searching for – as they called it – the "grand-prize target" during liberations. In fact, their privileged work on "Nazi enterprises involving or resulting in atrocities and war crimes" had secured these Germans the preferential treatment under a JCS-exemption rule for the arrest of Nazis who worked in weapon development. In disregard of Allied and U.S. plans for war crimes trials, they were not treated as war criminals, but as valued assets for a future missile programme of the USA, because intelligence groups were provided with special authorisations to violate these general directive on the apprehension of suspected war criminals when it concerned scientists.

IX. Dachau Trials and Overview of American Mittelbau-Dora Trials

According to the Judge Advocate's report on war crimes trials of April 1946, 81 cases were tried, while 2,438 war crimes cases and 131 cases of mass atrocity (concentration camp cases) were investigated by prosecution teams in preparation of trials.⁶⁰ Eventually, the Judge Advocate

⁵⁵ NAW M 1079/1/Preliminary Investigation and Pretrial Documents/430-432.

⁵⁶ James McGovern, *Crossbow and Overcast* (London: Hutchinson & CO., Publishers Ltd, 1964), 3-4.

⁵⁷ Neufeld, *WvB: Dreamer*, 206-207.

⁵⁸ NAW M 1079/1/Hqs. ETOUSA, AG 210.6, Circ. No. 140, 15 April 1945.

⁵⁹ Staver interview cited in Tom Bower, *The Paperclip Conspiracy: The Hunt for the Nazi Scientists* (Boston, Toronto: Little, Brown, and Company, 1987), 109.

⁶⁰ USFET Judge Advocate Report on War Crimes Trials, April 4, 1942

General (JAG) Corps of the U.S. Army tried 1,672 accused in 489 cases before U.S. military courts and commissions between 1945 and 1949.⁶¹

On 14 October 1946, USFET Commanding General Joseph T. McNarney had revoked previous authorities of war crimes trials on district army levels and referred all war crimes cases to the War Crimes Detachment at former concentration camp Dachau.⁶² In total 400 death sentences were rendered in these trials, of which 300 were carried out at Prisoner Camp No. 1 at Landsberg. The concentration camp trials were one category by which parent cases and subsequent cases were organised and they constituted the largest segment of the American war crimes programme.⁶³

1,021 defendants were arraigned before the military courts at Dachau. Of these, 500 stood trial in 100 subsequent cases to the six parent cases. The concentration camp trials were split in six "parent cases" against authorities and guards of concentration camps Dachau, Mauthausen, Flossenbürg, Mühldorf, Buchenwald, and as last in the series, the Nordhausen concentration camp case tried in *UNITED STATES v KURT ANDRAE et al.* Each of these "parent cases" was followed by "subsequent cases" between 27 April 1945 and 11 June 1958.⁶⁴

Harrowing details of SS-concentration camp atrocities were argued in previous concentration camp trials at Dachau. Especially the trial of the Hadamar institution, Dachau and Mauthausen had delivered disturbing documentation of the crimes, and had set precedence for the later trials. The sentence pronouncements declared repeatedly that the "mass atrocity operation involved in each [concentration camp case] was criminal in nature".⁶⁵ The General Military Government Courts confirmed that concentration camp crimes were "mass atrocities", and following the judgment of the parent cases, ruled that other persons found associated with such atrocities had to be tried in subsequent cases by Intermediate Military Courts. Due to the precedence nature assigned to the pronounced sentence in parent cases, these Courts were advised to take judicial notice of the decisions ren-

dered in parent cases. Thereafter, concentration camp crimes were to be considered an atrocity case without procedural necessity to introduce further evidence to the nature of concentration camps. Rather, courts of future concentration camp trials were advised to examine evidence only for their evidentiary value of the defendant's participation in the mass atrocity operation of concentration camps crimes and its supportive nature for a forced labour management. Therefore, the trial of the Mittelbau-Dora/ Mittelwerk complex was an atrocity case that was to be tried before a General Military Court.

The "ANDRAE case" was one of the parent cases of the concentration camp trials. Nordhausen's five subsequent cases were separate but related war crimes cases with single defendants. Because the close-out date for trials was set for 31 December 1947, they did not take place after the Nordhausen case, but rather at the same time. All commenced before the Nordhausen-Dora case announced its verdicts on 30 December 1947. This had the advantage that any revelations about the management and 'engineering' of these crimes during trial were rendered irrelevant, because they would not have resulted in subsequent investigations in trials, despite the clear precedent law on subsequent proceedings established at the War Crimes Branch at Dachau. Not surprisingly, the intelligence politics in Washington that helped to cover up any association of captured scientists with prosecuted atrocity sites, resulted in the acquittal of the General Director, making any further reviews or appeals, in which the role of scientists could have been reviewed or discussed, obsolete.

The subsequent cases of the Mittelbau-Dora camp trial were prosecuted at Dachau War Crimes Branch between 22 October 1947 and 11 December 1947. These were the trials of: *UNITED STATES v. MICHAEL GREBENSKI* tried on 22-23 October 1947 (case number 000-Nordhausen-1 and 12-481); *UNITED STATES v. ALBERT MÜLLER*, tried on 1 December 1947 (case number 000-Nordhausen-2 and 12-481); *UNITED STATES v. GEORG FINKENZELLER* (case number 000-Nordhausen-3 and 12-481), who was tried on 3 October 1947; *UNITED STATES v. PHILIPP KLEIN* (case number 000-Nordhausen-5 and 12-481) tried on 1 December 1947; and *UNITED STATES v. STEFAN PALKO* (case number 000-Nordhausen-6 and 12-481), tried 3-11 December 1947. The fourth planned trial for *UNITED STATES v. EDUARD SCHWALM* (case number 000-Nordhausen-4 and 12-481) was dropped after witnesses could not identify the accused.⁶⁶

On 24 December – and after a Christmas break – on 30 December 1947, the judges announced the verdicts for the nineteen accused of the Nordhausen-Dora trial. The former General Director Rickhey was one of four defendants acquitted due to lack of evidence.⁶⁷ A review of the court's findings by the DJAO was completed in April

- April 3, 1946.

⁶¹ Records of the Office of the Judge Advocate General (Army), RG 153 and Records of the U.S. Army Commands, 1942-, RG 338; U.S. Army Investigation and Trial Records of War Criminals, *US v. KURT ANDRAE et al.*, vol. 16; Joshua Greene, *Justice at Dachau* (New York: Broadway Books, 2003), 16; this number includes all U.S. military trials.

⁶² NAW M 1079/1/Documents of Authorisations, Ltr. Hqs USFET, by Command of McNarney, 14 October 1946; Straight to Harbaugh, DJAO Report, Appendix X.

⁶³ Ute Stiepani, „Die Dachauer Prozesse und ihre Bedeutung im Rahmen der alliierten Strafverfolgung von NS_Verbrechen,“ in Gerd R. Ueberschär (editor), *Der Nationalsozialismus vor Gericht: Die alliierten Prozesse gegen Kriegsverbrecher und Soldaten 1943-1952* (Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch Verlag, 1999), 229.

⁶⁴ Stiepani, "Die Dachauer Prozesse," 229-230; NAW M 1079, RG Group 153 and Records of U.S. Army Commands, 1942-, RG 338, U.S. Army Investigation and Trial Records of War Criminals, *USA v. KURT ANDRAE et al.* (and related cases), April 27, 1945-June 11, 1958, 1, 6.

⁶⁵ United Nations, War Crimes Commission. *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War* (London: His Majesty Stationary Office, 1948), 465.

⁶⁶ *USA v KURT ANDRAE et al.*, NAW, M 1079/1/5-6; thus also the numbering in trial records, with the one numbered 000-NDH-4 being omitted.

⁶⁷ Findings, NAW M 1079/11/7770-7788; Appendix 10: Judgements - Case File No. 000-50-37.

1948. Attorneys at this post-trial branch prepared a report and found that their "examination of the entire record of trial" failed "to disclose any error or omission in the conduct of the trial which resulted in injustice to the accused", and that the "evidence is legally sufficient to support the findings of the Court".⁶⁸

The acquittal of the only accused Mittelwerk representative General Director Georg Rickhey was confirmed, despite overwhelming trial evidence to the contrary.

X. The End of U.S. War Crimes Trial Policies

By 1947, Cold War politics had taken over Germany's Allied governance.

With the new objective of an Allied civilian occupation of West Germany, the topic of war crimes proceedings became an inconvenient issue in the relationship with West Germany, which was already promoted to a Cold War ally in central European politics. Politicians of all colour increased the pressure on the western Allies for a release of all Germans held in Allied prisons. In July 1949, the War Crimes Branch committees proposed to Judge Advocate Col. Damon M. Gunn the creation of a clemency board.⁶⁹ Since the bulk of war crimes trials were related to concentration camp crimes that had put many SS-members behind bars, a large-scale amnesty was not an option. It would have raised questions about the western Allies' seriousness about condemnation of organised mass atrocity crimes and would have aroused doubt regarding the whole ado about the war crimes trials of 'Hitlerites' that had ensued after the war. Likewise, claims of victor's justice that served no jurisprudential objective as claimed by critics of Allied procedures before, would retrospectively be confirmed and could deliver a freebie argument to the Soviets, that indeed, the western Allies shielded Nazis and were not committed to a denazification of Germany.

The U.S. High Commission, the civilian successor administration of the U.S. Military Government in Germany, adopted a new policy of coordinated efforts among the U.S. High Commissioner's Judge Advocate Division, prison administrations, and the Theater Judge Advocate office, to grant either "good conduct allowance" on the remaining times to be served, medical parole, or compassionate leave for all convicted war criminals, except those sentenced to death. As a result, the U.S. Army created the War Crimes Modification Board by EUCOM General Order No. 106.⁷⁰ A clemency board was set up which reviewed all sentences still being served for the possibility to grant good conduct allowance, medical parole, and compassionate leave to the convicted war criminals. Death sentences were commuted to prison sentences. The British, too, applied the "good conduct allowance" to expedite the release of convicted war criminals from their prisons.⁷¹

The U.S. post-war agenda was focused already on the fu-

ture of a divided Cold War Germany under Allied civilian occupation. After the creation of the FRG in May 1949, previous war crimes and clemency policies were revoked for a new parole policy. The office of the Chief of Counsel for War Crimes in the U.S. zone (headed by Robert H. Jackson), which had tried the subsequent Nuremberg trials, was deactivated on 20 June 1949.

Clemency reviews took time, personnel and advisory resources, as the Theater Judge Advocate Division was required to prepare detailed reviews for each case. After meetings with British and French occupation authorities, U.S. High Commissioner McCloy established the Advisory Board on Clemency for war criminals in their custody in March 1950.⁷² The Board had prepared a report to McCloy by 28 August 1950.⁷³ In response to its recommendations, many war criminals of the IMT subsequent trials and concentration camps trials were pardoned and released. A final sentence review of all unexecuted sentences was completed in late 1951.

Also the defendants of the ANDRAE-case profited from the new clemency and parole policies introduced in the U.S. zone in 1949 and 1950 respectively. The letters of appeal, clemency petitions, parole reports and orders for remission of unserved parts of sentences for the Nordhausen-Dora trial are filed with the post-trial documents. Thereafter, the review of appeals and sentence reviews for the convicted took place between 15 April 1948 and 10 August 1951. The first defendant to be released was Paul Maischein, who was released in October 1951, and the last defendant to be released from parole supervision was Josef Kilian, the concentration camp's hangman, in June 1958.⁷⁴ The war crimes committed in the name of the relentless National Socialist missile development and production by concentration camp labour, and their trials, were history, while the futures of their creators were just beginning.

XI. Conclusion

As we have seen, the judicial authorisations decreed for the U.S. occupation zone clarified that the U.S. war crimes trial programme would be a two-tier affair. The major war criminals and declared criminal institutions were tried in a series of Nuremberg proceedings by the prosecutors assigned to the office of CCWC in the U.S. zone (Jackson's office), while the trial of lesser war criminals was assigned to the War Crimes Branches of the military government in occupied Germany. The concentration camp trials took place at Dachau. The trial of USA v. KURT ANDRAE et al. in fall 1947 was the last trial in the series of atrocity cases tried. The motivations and political environments forging the establishment of this last trial, the outcome of the trial and its timing puts it in an absolute juxtaposition to the political embrace and the conviction rate of the IMT at Nuremberg and the first Dachau trials of 1945 and 1946.

⁶⁸ DJAO, Review and Recommendations, 15 April 1948.

⁶⁹ Buscher, The U.S. War Crimes Trial Program, 58.

⁷⁰ Ibid., 59.

⁷¹ Buscher, The U.S. War Crimes Trial Program, 59.

⁷² Ibid., 60-62.

⁷³ Ibid., 59, 62.

⁷⁴ USA v. KURT ANDRAE et al., Trials Records and Posttrial Documents, NAW M 1079/1/11,16.

JCS Directive 1023/10 governed most of the period that investigations into the crimes, crime scenes, and perpetrators were conducted at concentration camps, including those at the Mittelwerk and Mittelbau-Dora camp complex, when early trial preparations were underway between July 1945 and July 1947. This Directive shaped the evidence gathering in the over 3,387 war crimes cases investigated and preparations of charge sheets for the 1,672 accused in 489 war crimes cases.⁷⁵

During the important initial phase of investigations at concentration camp sites like Mittelbau-Dora and the abandoned Mittelwerk, in spring 1945 though, there was no established war crimes trial programme or binding directives yet that guided army forces on proceedings for interrogations, on the apprehension and detention of war crimes suspects or the securing of documentary evidence. In addition, war crimes investigation teams were competing for material evidence with army intelligence teams who were busy collecting technology related material, technical drawings, patents, lab reports, blueprints and the Nazi brains of military technologies. The indiscriminate removal of technology and scientists was an essential economic and military objective of U.S. liberation policies drafted at the State and War Departments in Washington. Also, Allied agreements on the boundaries of zones of occupation were accepted among the U.S. Army brass foreign policy advisors under the auspices of a demilitarisation of Germany and the so-called 'war spoil' doctrine that considered the removal of any technology from Germany justified under the reparation claims of the victorious armies.

An understanding of the investigative phase is imperative for an understanding of the trial. The special intelligence forces continued to operate in occupied Europe under the reparation and exploitation mandates of JCS 1067 and executed this policy even after the creation of

the War Crimes Detachment at Dachau in 1946. Although it meant the withholding of important information about the organisation of Nazi war crimes and ensured the protection of suspected war criminals, the technical staff of intelligence teams considered their German counterparts "normal, friendly human beings" who deserved to be treated like their American colleagues.⁷⁶

Still, the study of documentary records of the trial still dominates the approaches applied in the growing body of historical studies of the Allied war crimes trial programme. To appreciate the outcome of historic trials as results of procedural limits is almost impossible if the investigative context of trial objectives and pre-trial interferences is not considered. Thus, a perspective that approaches war crimes trials as a process of emergent justice is a useful way to study any war crimes trial, regardless of what era, atrocity, or nation is concerned. It allows to consider investigations, trial, and sentencing as socio-political factors that are collectively governed by public perceptions and the political will represented by the trial hosting institutions. It also recognises insights from historical and legal studies which, maybe not deliberately but collectively, have charted the way for the development of our current international criminal justice system.

⁷⁵ In 1,416 cases convictions were rendered.

⁷⁶ Staver interview in Bower, Paperclip Conspiracy, 109.

Los delitos de desacato en los Códigos penales históricos: claves para su despenalización en el vigente Código Penal español de 1995

María José Jiménez Díaz

The presented paper concerns itself with the legislator's reasons to remove certain offences from the Criminal Code in 1995: those of 'contempt', which could boast a long tradition in the history of Spanish criminal law. For this, it seems necessary to trace back in which Spanish codification this group of offences can be found for the first time. It then has to be scrutinised if there were predecessors of such offences and what aims the historical legislator sought to achieve with these. This is concluded by an own assessment of the author on why the current legislator renounced these offences.

Die vorliegende Arbeit hat zum Gegenstand die Gründe zu untersuchen, die den Gesetzgeber bewogen haben, 1995 bestimmte Delikte aus dem Strafgesetzbuch zu entfernen: es handelt sich um die Delikte der „Missachtung“, welche auf eine lange historische Tradition in der spanischen Strafrechtsgeschichte blicken konnten. Hierfür erschien es notwendig, zunächst nachzuspüren, in welcher spanischen Kodifikation sich diese Gruppe Delikte erstmals finden lässt. Sodann zu hinterfragen, ob es Vorgänger solcher Delikte zuvor gab und welche Motive der historische Gesetzgeber mit ihnen verfolgte.

Am Ende findet sich eine Selbsteinschätzung der Autorin, weshalb der aktuelle Gesetzgeber auf diese verzichtet hat.

El presente trabajo tiene por objeto clarificar las razones que llevaron al legislador penal de 1995 a despenalizar unas figuras delictivas de larga tradición histórica: los delitos de desacato. Para ello se efectuará una revisión de su tratamiento en el marco de la Codificación española lo que implica fundamentalmente identificar sus antecedentes, situar el momento preciso de su nacimiento especificando los motivos que determinaron su tipificación y revisar cómo ha sido su desarrollo legislativo en los diferentes Códigos Penales que han regido los designios criminales de España hasta el momento de su derogación con la entrada en vigor del Código Penal de 1995. Para finalizar se realizarán unas reflexiones valorativas acerca de las razones que pudieron determinar que estos delitos no fueran incorporados al vigente Código Penal español convirtiéndose en historia.

I. Introducción

Los delitos de desacato han disfrutado de una larga trayectoria en la legislación penal española pese a que nacieron rodeados de polémica y ya desde el mismo momento de su incorporación al Código Penal (en adelante CP) se pronosticó por algunos autores, equivocadamente, su escaso futuro. Como se expondrá en este trabajo, se trata de unas figuras que se tipificaron como respuesta a un hecho puntual que las impregnó de un carácter netamente autoritario. Esta circunstancia fue la que llevó a pensar a algunos Comentaristas de la época que su duración sería corta y que quedarían derogados con prontitud. Sin embargo, como GROIZARD manifestó, con dificultad habrá existido una reforma que más severas censuras haya provocado, y que haya tenido después más general asentimiento¹. En efecto, los desacatos han permanecido vigentes desde 1850 hasta 1996, pasando casi sin inmutarse por Códigos Penales de todos los signos políticos (autoritarios, liberales, republicanos...), lo que no deja de sorprender, máxime si se tiene en cuenta que, siendo delitos nacidos de una Dictadura, han logrado coexistir con una Constitución democrática durante sus últimos 18 años de vida.

El presente trabajo pretende clarificar las razones que llevaron al legislador penal de 1995 a despenalizar unas figuras delictivas de larga tradición histórica. Para ello se efectuará una revisión de su tratamiento en el marco de la Codificación española lo que implica fundamentalmente identificar sus antecedentes, situar el momento preciso de su nacimiento y revisar cómo ha sido su desarrollo legislativo en los diferentes textos punitivos que han regido los designios criminales de España hasta el momento de su derogación con la entrada en vigor del Código Penal de 1995. Para finalizar se realizarán unas reflexiones valorativas acerca de las razones que pudieron llevar a que estos delitos no fueran incorporados al vigente Código Penal español convirtiéndose por fin en historia.

¹ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo III. Art.136 a 348. Burgos, 1874, p. 474.

II. Antecedentes

1. Código Penal de 1822

Dentro del Título III, dedicado a los “Delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y orden público”, el Capítulo VI, cuya rúbrica es “De los atentados contra las autoridades establecidas, ó contra los funcionarios públicos cuando proceden como tales; y de los que les usurpan ó impiden el libre ejercicio de sus funciones, ó les compelen en ellas con fuerza o amenazas” (art.326 a 337), contiene tres preceptos relacionados directamente con estas figuras delictivas.

El primero de ellos, art.327, incluso, menciona el término “desacato” para referir aquel acometimiento contra determinados sujetos cualificados que se realiza sin la intención de matar. Si tal finalidad estuviera presente en las mismas circunstancias, el delito sería el de atentado del art.326. Vuelve a mencionarse el citado término en el art.192 (Cap.I -”De los delitos contra la libertad de la nación”-, del Tít.1º -”De los delitos contra la constitución y el orden político de la monarquía”-, de la Parte primera -”De los delitos contra la sociedad”-) a propósito de tipificar la conducta de faltar el respeto a las Cortes y Diputación permanente, o turbar el orden y tranquilidad de las sesiones².

El art.328³, entre otras varias, recoge la conducta de amenazar...o injuriar a alguno de los funcionarios enumerados en el art.326 primer párrafo⁴, cuando se hallen ejerciendo sus funciones o por razón de su ministerio. Remite expresamente el precepto al capítulo regulador de las injurias para excluir aquellos supuestos en que no se cometen las mismas⁵. La pena establecida es la de reclusión o prisión de un mes a un año más la obligación de dar satisfacción pública.

Por último, el art.330 en su primera parte describe, además de otras, la conducta de faltar el respeto debido a alguna autoridad pública, ya sea mediante palabras, gestos o acciones insultantes o indecentes. Tales hechos han

² Incluido en la Parte Primera reguladora de los delitos contra la sociedad.

³ Art.192.- “... y si el desacato fuere grave o escandaloso...”.

⁴ Art.328.- “El que amenazare con alguna fuerza o violencia, ó injuriare á alguno de los funcionarios públicos espresados en el primer párrafo del artículo 326, ó usare ó tomare contra ellos alguna arma, de cualquiera clase que sea, cuando se hallen ejerciendo sus funciones, ó por razón de su ministerio dará también una satisfacción pública, y sufrirá una reclusión ó prisión de un mes á un año; teniéndose presente, respecto de los casos en que no se comete injuria, lo prescrito en el capítulo primero, título segundo de la segunda parte. Si la fuerza fuere para obligar ó compeler á la autoridad pública á que haga alguna cosa, se observará lo dispuesto en los artículos 334 y 335. El que en igual caso cometiere igual delito contra cualquier otro funcionario público, dará la propia satisfacción, y sufrirá un arresto de ocho días á dos meses”.

⁵ Diputado de Córtes, Secretario de Estado y del Despacho, Consejero de Estado, Magistrado ó juez, Gefe político ó alcalde, General en gefe ó de división, Capitán ó comandante general de provincia, ó Gobernador militar, Prelado eclesiástico, ordinario, individuo de Diputación provincial ó de ayuntamiento, ó cualquier otro funcionario que ejerza jurisdicción y autoridad pública, civil, militar ó eclesiástica.

⁶ Capítulo I (“De las calumnias, libelos infamatorios, injurias y revelación de secretos confiados”) del Título II (“De los delitos contra la honra, fama y tranquilidad de las personas”), de la Parte segunda.

de ser cometidos a presencia de la autoridad ofendida y cuando se hallen en el ejercicio de sus funciones o por razón de su ministerio. La pena impuesta es de arresto de cuatro días a dos meses. A su vez reconoce el precepto la facultad que tienen determinados sujetos y Cuerpos para imponer la anterior pena, o, al menos, para arrestar al ofensor y ponerlo a disposición judicial, cuando a los mismos se les falte el respeto del modo sobredicho.

Por otra parte, y fuera ya del apartado anterior, en el Título VI (“Delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”), el Capítulo VI (“De los funcionarios públicos que no obedecen ó no cumplen las leyes ú órdenes superiores; de los que impiden ó embarazan, ó se conciertan para impedir ó embarazar su ejecución, ó la de algun acto de justicia; y de los que incurrn en otras faltas de subordinación y asistencia al desempeño de sus obligaciones”) incluye un artículo, el 490, que nos recuerda alguno de los correspondientes a la regulación que permaneció vigente hasta su derogación cuando entró en vigor el CP español de 1995, concretamente al art.241 del CP 1944. Determina el mismo que:

“El funcionario público que en acto legal del servicio respectivo desobedezca á su superior, ó le falte al respeto debido, de hecho, por escrito ó de palabra, será suspenso de su empleo por dos meses á tres años, sin perjuicio de mayor pena si la falta en que incurra tuviere otra señalada. Si insultare, ultrajare, o maltratare de obra, ó injuriare ó amenazare á su superior en acto del servicio ó de resultas de él, se le doblará el tiempo de la suspensión, sin perjuicio de la pena que merezca con arreglo al capítulo sexto, título tercero de esta primera parte, y á los títulos primero y segundo de la segunda”.

Finalmente mencionar que vuelve a emplearse el término “desacato” (si bien no tiene nada que ver con lo que se conceptúa como tal en la legislación española desde su incorporación al CP español en 1850) en el Capítulo V del Título VII (“De los delitos contra las buenas costumbres”), cuya rúbrica es “Del desacato de los hijos contra la autoridad de sus padres, y el de los menores de edad contra sus tutores, curadores o parientes a cuyo cargo estuvieren” (art.561).

Para cerrar el apartado correspondiente a este primer Texto punitivo, hemos de decir que las conductas descritas en las líneas anteriores, fundamentalmente las de los art.328, 330 y 490, son un claro antecedente de la figura que posteriormente nacería como desacato. Incluso nos atreveríamos a afirmar que es la estudiada una regulación del mismo, siempre con las matizaciones referentes a su dispersión sistemática (falta de unidad de regulación) y a la carencia de una denominación genérica. No en vano ya ha quedado claro que cuando el legislador de 1822 utiliza el término desacato lo hace entendiéndolo de dos formas distintas, bien para calificar la conducta del art.327, esto es, acometimiento a determinados funcionarios en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas sin intención de matarlos, bien como falta genérica de respeto a quien de alguna forma implica autoridad (por ejemplo a los padres).

2. Código Penal de 1848

Mientras que en el CP de 1822 existían bastantes artículos que describían conductas que a partir de 1850 son calificadas como desacatos, en el CP 1848 sólo hay dos preceptos relacionados con los mismos, el art.194 y el 195, ambos incluidos en el Capítulo 3º (cuya rúbrica es “De la resistencia, soltura de presos y otros desórdenes públicos”), del Título III (“Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público”) del Libro II (“Delitos y sus penas”).

El primero de ellos⁷ tipifica la conducta de injuriar a alguno de los Cuerpos colegisladores (Congreso y Senado), cuando se hallen celebrando una sesión. Asimismo se castiga tal comportamiento, pero esta vez injuriando a alguna de sus Comisiones en cualquier acto público en que los estén representando. Si las injurias fueren graves la pena a imponer será prisión mayor (párr.1º), mientras que si fueren menos graves quedará reducida a arresto mayor (párr.2º)⁸.

El art.195º, individualizando ya a los sujetos, describe la conducta de injuriar o amenazar a un Senador o Diputado por las opiniones emitidas en el Congreso o en el Senado⁹. Este precepto es de gran interés ya que contiene parte de lo que posteriormente integrará una de las modalidades de desacato, concretamente la segunda del número 2º del art.192 del Código de 1850.

En el art.198 se recoge una disposición muy similar a la que se mantuvo vigente hasta su derogación en 1995 en el art.250 del CP 1944¹¹.

No se puede afirmar que el Texto que acabamos de repasar tenga excesivo valor, ya que el delito de desacato como tal no aparece tipificado, ni siquiera esbozado. Lejos de seguir las pautas del CP de 1822, cuya importancia es innegable, prefiere el legislador de 1848 omitir toda referencia a las modalidades delictivas que antes y después serán plasmadas legalmente¹². Según constata PACHECO, su primitiva redacción no comprendía ni penaba estos hechos (atentado y desacato) “...Era menos severa con estas acciones, y aun para alguna de ellas no había verdaderamente penalidad”. Pone de relieve este

⁷ Art.194.- “El que de hecho ó de palabra injuriare gravemente á alguno de los Cuerpos colegisladores hallándose en sesion, ó á alguna de sus comisiones en los actos públicos en que los representan, será castigado con la pena de prisión mayor. Cuando las injurias fueren menos graves, la pena será la de arresto mayor”.

⁸ Este precepto concuerda con el art.192 del Código penal de 1822.

⁹ Art.195.- “El que impidiere á un Senador ó Diputado asistir á las Cortes, ó los injuriare ó amenazare por las opiniones emitidas en el Congreso ó en el Senado, será castigado con la pena de prisión correccional”. En el Código de 1850 se modifica la redacción y se traslada al art.192 del mismo. Concuerda con el art.197 del Código de 1822.

¹⁰ Además de la de impedir a cualquiera de ellos asistir a las Cortes.

¹¹ Art.198.- “En el caso de hallarse constituido en autoridad civil o eclesiástica el que cometiére los delitos expresados en este capítulo, será castigado con el máximo de la respectiva pena y con la de inhabilitacion perpetua especial á la de inhabilitacion absoluta perpetua”.

¹² Como se ha puesto ya de manifiesto supra el Código de 1822 recogía potencialmente la figura del desacato ya que como se apuntó en su momento, aunque carezca de unidad sistemática y de denominación propia, casi todas las modalidades delictivas calificadas posteriormente de desacato las encontramos en el mismo.

insigne penalista que tal situación había sido duramente criticada por algunos señores (así, Castro y Ortiz de Zúñiga), mientras que otros consideraban que se había hecho bien “dando al olvido prácticas antiguas¹³, y que en realidad no faltaba nada de lo que debiese haber en una ley culta y filosófica”¹⁴.

Un ejemplo donde se recoge alguna de estas opiniones adversas a la no regulación de este tipo de conductas lo encontramos en el Acta nº 60 (correspondiente a la sesión del día 12 de diciembre de 1845), cuando el Sr. Luzuriaga manifiesta lo siguiente: “La prueba de que el Sr. Zúñiga obra como todos nosotros bajo esa impresión pasajera es que sólo le ha ocurrido el desprecio cuando consiste en las penas. Pues ese mismo desprecio puede hacerse en todos los ramos de la administración. Quiero suponer que se haga una suscripción para burlarse de un intendente. Si pues hemos castigado la rebelión y la resistencia pongamos un castigo aquí para el desprecio a la autoridad pública con todos esos pormenores”¹⁵. Fue también Luzuriaga el que en sesión de 16 de junio de 1845 (III-folio 68), a propósito de la discusión del Título III del Código (“Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público”), explicó su sistema, en el cual daba cabida en el Capítulo 4º a las violencias y desacatos contra la autoridad¹⁶.

A la vista de los anteriores datos se pone de manifiesto que se están gestando unos delitos que, si bien ya están esbozados en el Código penal de 1822, tomarán cuerpo en la Reforma de 1850. No obstante, algunos autores han situado el origen del desacato en este CP 1848. Así PUIG PEÑA dijo al respecto que “...En nuestra legislación histórica se encuentran también disposiciones sobre este delito, que se halla regulado en los Códigos de 1848 y 1850 si bien el disciplinamiento actual del mismo parte del Código de 1870...”¹⁷. También CUELLO CALÓN, cuando refiere el origen de esta figura, defiende que “...En nuestro país estos delitos aparecen en los Códigos de 1848 y 50 regulados de modo muy diverso al de la legislación vigente...”¹⁸, aunque en posteriores ediciones de su obra circunscribe (sorprendentemente) su aparición al CP de 1848 al afirmar que: “...Una regulación verdadera de estos delitos no aparece en nuestra legislación actual hasta el Código de 1848...”¹⁹.

Retomando el momento de promulgación del Código, es sabido que para la misma hubo de dictarse una Ley de Autorización. Por prescripción del art. 2 de esa Ley los Tribunales quedaron obligados a elevar al Gobierno las observaciones que la aplicación del Código les sugiriera con una periodicidad al menos anual²⁰. Vino la R.O. Circular de 27 de abril de 1848 a ratificar tal deber, siendo por último la R.O. de 9 de junio de 1850 la que les recordara su envío en agosto (si no lo hubieren hecho) y que en todo caso mandaren nuevas observaciones en junio de 1851.

Dieron cumplimiento a estos mandatos las Audiencias Territoriales enviando las observaciones que consideraron pertinentes. Por lo que respecta a las hechas en torno a la materia tratada en este trabajo, hemos escogido (por citar algunas de las formuladas) las efectuadas por la Audiencia de Granada dado que ponen de relieve algo de singular importancia. Expone la citada Audiencia en escrito de 5 de julio de 1848, entre otras, la observación de que “echa de menos el castigo de la usura y recela que van a aumentar los hurtos y estafas menores de 100 reales, por la lenidad del art.424 e igualmente los desacatos y lesiones menores”²¹.

El 24 de abril de 1849 se remitió al Ministro el informe de la Comisión sobre las observaciones de determinadas Audiencias, entre ellas las de Granada. La quinta observación hecha por el Tribunal granadino era que el Código dejaba sin defensa a la Audiencia de ciertos desacatos cuando no obra la misma como tal, esto es, el desacato a la autoridad en actos fuera de servicio. Replica la Comisión que cuando se redactó el art.191 se tuvo presente “la índole de las instituciones en España, la forma de Gobierno y el estado de civilización y cultura del país, procurando que el Código sea lo menos casuístico posible”, para lo cual dejó abiertas las agravantes al Juzgador. Contra este parecer de la Comisión formuló un voto particular el vocal de la misma Ortiz de Zúñiga por no compartir la expresada argumentación.

En esta misma línea, el escrito del Fiscal de Barcelona²² presentaba entre sus 24 observaciones una relativa a la distinción entre delito y falta de desacato. A ella responde la Comisión afirmando, que tal distinción entre delito de desacato y su respectiva falta (art.164) corresponde a los Tribunales según las circunstancias.

De estos testimonios se puede extraer una clara conclusión y es que el término “desacato” ya estaba acuñado antes de la Reforma de 1850 (ya tuvimos la ocasión de comprobarlo en el texto del CP 1822). Sin embargo, su significado no era unívoco, como sí ocurrirá a partir de 1850. En las fuentes que acabamos de analizar el desaca-

¹³ Frase esta que viene a avalar nuestra postura de que el Código de 1822 es la verdadera cuna del desacato.

¹⁴ PACHECO, J.F. El Código Penal concordado y comentado. Tomo II, 5ª edic. corregida y aumentada. Madrid, 1881, p. 212.

¹⁵ LASSO GAITE, J.F. Crónica de la Codificación Española, 5, Vol.II. Madrid, 1970, p. 1061.

¹⁶ Capítulo 4º. Delitos contra el libre ejercicio del poder ejecutivo y autoridades judiciales... “Esto comprende los delitos en que pueden cometerse para sustraerse de la obediencia al Gobierno, la resistencia a su poder supremo, el alzamiento de sus propios agentes, violencias y desacatos contra la autoridad, según su jerarquía y lo mismo respecto a los tribunales y de la administración de justicia” (Ibidem, cit., Vol.I, p. 290).

¹⁷ PUIG PEÑA, F. “Desacato” en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, VII, 1955, p. 117.

¹⁸ CUELLO CALÓN, E. El nuevo Código Penal Español. Libro II. Parte 1ª (arts.215 a 544). Barcelona, 1930, p. 104. Del mismo autor en su obra: Derecho Penal, 2ª edic. Tomo II. Parte Especial, I. Barcelona, 1941, p. 145.

¹⁹ CUELLO CALÓN, E. Derecho Penal conforme al “Código Penal,

texto refundido de 1944”. Tomo II (Parte Especial) 11ª edic. Barcelona, 1961, p. 133. También CUELLO CALÓN, E. (Revisado y puesto al día por Cesar Camargo Hernández). Derecho Penal. Tomo II (Parte Especial), Vol.I, 14ª edic. Barcelona, 1982, p. 167.

²⁰ Art.2.- “El Gobierno propondrá á las Córtes dentro de tres años, ó antes si lo estimare conveniente, las reformas ó mejoras que deban hacerse en el Código, acompañando las observaciones que anualmente por lo menos deberán dirigirle los Tribunales”.

²¹ LASSO GAITE, J.F. Crónica de..., cit., Vol.I, p. 322.

²² El estudio de este escrito, fechado el 13 de junio de 1848, fue iniciado el 21 del mismo mes y año.

to se identifica, de una parte, con el delito del art.191²³. Así lo estima la Audiencia de Granada y la propia Comisión que responde a las observaciones, ya que la misma no rectifica en absoluto la terminología empleada. De otra parte, el Fiscal de Barcelona entiende como desacato la conducta del art.164²⁴, suscribiendo de nuevo la Comisión en este caso la nomenclatura usada.

En definitiva, a la altura de 1848 el desacato ya existía pero con las matizaciones siguientes: primera, que no había un delito tipificado como tal en el Código; y segunda, dentro del mismo se concebían distintas modalidades delictivas que si bien no se identifican con las que posteriormente serán calificadas así, se sitúan en esa misma línea.

III. Nacimiento: La Reforma del Código Penal de 1850

De los 46 artículos del Libro II que quedaron afectados por la Reforma de 7 de junio de 1850, hemos de destacar la total modificación del Capítulo 3º del Título III correspondiente a la materia analizada. Recordemos que en el primitivo CP 1848, el citado Capítulo 3º llevaba por rúbrica “De la resistencia, soltura de presos y otros desórdenes públicos” y comprendía desde el art.189 al 201. En el nuevo Texto refundido el epígrafe es sustituido por el siguiente: “De los atentados y desacatos contra la autoridad, y de otros desórdenes públicos”, encontrándose ahora incluidos en el mismo los artículos 189 a 206.

Se sitúa en este momento legislativo, por prácticamente la totalidad de los autores, el nacimiento del delito de desacato, siendo desencadenante de su regulación expresa en el Código un acontecimiento ocurrido en 1849 entre D. Jorge Diez Martínez y el Jefe de Gobierno a la sazón, General Narváez, y que fue tachado por Pacheco de “suceso deplorable”. Se trata del altercado que tuvo lugar en la antesala del Ministro y Jefe de Gobierno, entre éste (General Narváez) y el Sr. Diez Martínez (un contratista) que había sido presa de la indignación al ser postergado durante largo rato a la espera de ser recibido. Los insultos y demás muestras de desprecio proferidos por el contratista hacia el General fueron determinantes de la reforma autoritaria que como colofón se emprendió.

A este respecto resulta ilustrativo repasar lo que sobre el particular escribieron algunos conspicuos penalistas.

PACHECO, a propósito de exponer la polémica existente en torno a la conveniencia o no de tipificar el tipo de conductas que nos ocupan, pone fin a la discusión afirmando que fue un “suceso deplorable” ocurrido en 1849 el que “vino a decidir la cuestión, haciendo que el Gobierno estimase lo mismo que los censuradores de la templanza del Código, y aun quizá con más fuerza ó más

exageración que ellos”. Sigue exponiendo, en tono irónico, que tras la reforma operada “la autoridad quedó, según se dijo, rodeada de mayores garantías y de mayor respeto”. Es importante poner de manifiesto que fue Pacheco el defensor ante los Tribunales de D. Jorge Diez en la causa seguida contra el mismo a raíz de los hechos relatados. Tal y como él mismo reconoce en su obra, esa circunstancia le impide extenderse en los comentarios acerca de la citada Reforma. De todos modos y para demostrar que efectivamente es atribuible dicha Reforma al acontecimiento por él citado, y no sólo una “suposición” suya, termina su exposición transcribiendo unas palabras de los Sres. Castro y Zúñiga que avalan su tesis²⁵.

ANTON ONECA, sin embargo, tras relatar el famoso suceso y recogiendo previamente el parecer de Pacheco, opina que “...la anécdota sorprende tanto por la susceptibilidad del contratista como por la ingenuidad de Narváez, quien para crear las figuras del desacato no necesitaba dejar memoria de su pequeña aventura...”. En su opinión, no cree que fuera tal acontecimiento el motivo de la Reforma (como insinuó Pacheco) pero sí pudo ser la ocasión²⁶, razonamiento que parece digno de los mayores respetos.

Por su parte GROIZARD comenta que “un acontecimiento... fue la causa de que se precipitara la reforma del Código penal, y de que en 1850 se incriminasen esta clase de hechos”²⁷.

Según GONZALEZ Y SERRANO “nuestro Código contenía pocas disposiciones sobre este dudoso delito, cuando cierta conversación de un particular con un Ministro dio lugar á una reforma completa del Código, para evitar que en adelante ninguno se atreviera á tratar con estos funcionarios sino humillando la cabeza”²⁸.

Por último señalar que este aspecto de la Reforma fue criticado por determinados informadores, entre otros por CORTINA, que la atribuye a “circunstancias y sujetos pasajeros, cuya influencia es siempre perjudicial y funesta en obras que son para todos los tiempos, y a las cuales debe ser ajeno cuanto tenga el carácter transitorio, todo lo que participe de pasiones del momento, y pueda deber su origen a bastardos intereses o exigencias a que jamás deben sucumbir los legisladores. Sin riesgo de equivocación puede asegurarse que las más de estas reformas desaparecerán del Código cuando sea revisado, volviéndose a restablecer sus antiguas disposiciones, y haciéndose cesar los fatales resultados que su variación ha producido”²⁹. Muy lejos estaba Cortina de lo que

²³ Art.191.- “Los que causaren tumulto ó turbaren gravemente el orden en la audiencia de un Tribunal ó Juzgado, en los actos públicos propios de cualquiera otra Autoridad, en algún colegio electoral, ó solemnidad ó reunión numerosa, serán castigados con la pena de arresto mayor”.

²⁴ Art.164.- “El que injuriare al Rey ó inmediato sucesor de la Corona en su presencia, será castigado con la pena de cadena temporal. Si los injuriare por escrito y con publicidad... Las injurias cometidas de cualquier otra forma...”.

²⁵ “...estamos en general conformes con los principios aceptados por el Gobierno en la reciente reforma, aunque en ella creemos que á veces se ha ido más allá de donde convenía. La reforma se ha hecho en esta parte bajo la impresión de un suceso lamentable, y se resiente por lo tanto de cierto casuismo y severidad en sus pormenores...” (PACHECO, J.F. El Código Penal..., cit., pp. 212 y 213).

²⁶ ANTÓN ONECA, J. “El Código penal de 1870” en Anuario de Derecho Penal, 1970, T.XXIII, p. 230.

²⁷ GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A. El Código Penal..., cit., p. 474.

²⁸ GONZÁLEZ Y SERRANO, J. Apéndice a los Comentarios del Código Penal de Pacheco ósea El nuevo Código. 2ª edic. Madrid, 1876, p. 206.

²⁹ CÁRDENAS ESPEJO, F. de. Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación. Madrid, 1871, Apd.III, p. 255.

habría de pasar ya que, como puso de manifiesto GROIZARD, “con dificultad habrá existido una reforma que más severas censuras haya provocado, y que haya tenido después más general asentimiento”³⁰.

Tras todas estas versadas opiniones se puede finalmente deducir que fue la “necesidad” de incluir los desacatos en el Texto punitivo lo que dio lugar a la Reforma del CP español de 1850.

No es, sin embargo, el tan mencionado hecho histórico la única circunstancia determinante de la regulación expresa de los mismos, ya que a ello se suma la reclamación de algunos antiguos Magistrados³¹ que lucharon para conseguir lo que en 1850 se hizo una realidad legislativa.

Conocido ya su origen, a continuación se revisará el contenido de los citados artículos 191 a 206 incluidos dentro del Capítulo 3º denominado “De los atentados y desacatos contra la autoridad, y de otros desórdenes públicos” (Título III, “Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público”)³².

El art.191³³ se corresponde con el art.192 del CP 1822 y es idéntico al 194 del CP 1848³⁴. El mismo ya no se encuentra dentro del atentado, pero propiamente tampoco se incluye en el desacato. La razón más clara que puede alegarse para refrendar esta afirmación es que será el artículo siguiente, el 192, el que en su encabezamiento comience diciendo: “...Cometen desacato contra las Autoridades...”. Así pues, la conducta del art.191, ni puede calificarse de atentado ni tampoco de desacato, si bien está mucho más relacionado con el segundo que con el primero. Según PACHECO³⁵, la disposición de este artículo es plenamente acertada y oportuna, ya que si es de la condición de todo gobierno libre el que puedan discutirse los actos de un poder, también lo es que el poder sea acatado en sí propio “y que se reprima y escarmiente á los que quieran arrastrarlo y envilecerlo”. A su juicio, injuriar, ofender, faltar al respeto y decoro debidos a alguno de los poderes públicos más eminentes del Estado, es delito grave. Ahora bien, no se pueden confundir tales hechos con los que sólo constituyan el ejercicio de la censura política que, por supuesto, es lícita³⁶.

Como se ha puesto de manifiesto, es el art.192 el primero de los preceptos que tipifica expresamente la figura del desacato, ya que el mismo hay que completarlo con las prescripciones de los arts.193 y 194. El art.192, que según PACHECO contiene la definición bien especificada del desacato³⁷, describe dos modalidades de conducta dife-

rentes, distinguiéndose dentro de la segunda tres números separados según el sujeto que resulte afectado. Así pues cometen desacato:

1º. “Los que perturban gravemente el orden de las sesiones en los Cuerpos colegisladores, y los que injurian, insultan ó amenazan en los mismos actos á algún Diputado ó Senador”.

En su primera parte se recoge una conducta que ya estaba prevista en el C.P. 1822³⁸, viniendo en la segunda a individualizar los sujetos de los Cuerpos protegidos en el art.191.

En el 2º número se recoge otra modalidad diferente consistente en calumniar³⁹, injuriar, insultar o amenazar a alguno de los sujetos siguientes:

“Primero: A un Senador ó Diputado por las opiniones manifestadas en el Senado ó Congreso”⁴⁰.

Afirma PACHECO que si toda injuria es falta o delito, la injuria que se hiciese a un Diputado o Senador por sus opiniones “es un delito mayor ciertamente, y digno de castigo más severo. La culpa privada toma aquí porciones de culpa pública”⁴¹.

“Segundo: A los Ministros de la Corona ó á otra Autoridad en el ejercicio de sus cargos”⁴².

Tercero: A un superior suyo con ocasion de sus funciones⁴³”

Es importante poner de manifiesto cómo en todos los supuestos la conducta ha de estar relacionada con las funciones del sujeto pasivo.

Hay un último párrafo que recoge por primera vez la figura de la provocación al duelo, que se ha mantenido en el CP español hasta el año 1989⁴⁴.

El art.193 se encarga de la penalidad⁴⁵. En el primer párrafo recoge la correspondiente al desacato grave, reputándose que lo es cuando la conducta consiste en calumniar. También lo será cuando el insulto, la injuria o amenaza sea grave⁴⁶. En el segundo se establece la pena

³⁰ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. El Código Penal..., cit., p. 474.

³¹ PACHECO, J.F. El Código Penal..., cit., p. 221.

³² Los artículos 189 y 190 se encargan de la figura del atentado.

³³ Art.191.- “El que de hecho o de palabra injuriare gravemente á alguno de los Cuerpos colegisladores hallándose en sesion, ó á alguna de sus comisiones en los actos públicos en que los representan, será castigado con la pena de prisión mayor”.

³⁴ Con la única diferencia de establecer en el párr.2º que la pena habrá de ser de arresto mayor a prisión condicional, en lugar de arresto mayor únicamente.

³⁵ PACHECO, J.F. El Código Penal..., Tomo II, cit., p. 219.

³⁶ “Las Cortes, inviolables ante la justicia, son justiciables ante la opinión...”.

³⁷ PACHECO, J.F. El Código Penal..., Tomo II, cit., p. 221.

³⁸ Lo cual viene a avalar de nuevo nuestra postura de que el embrión del desacato se encontraba ya en ese Texto punitivo.

³⁹ Observemos como en el número 1º no se recogía la calumnia.

⁴⁰ Esta conducta ya era castigada en el art.195 del CP 1848.

⁴¹ PACHECO, J.F. El Código Penal..., Tomo II, cit., p. 222.

⁴² Del empleo de la partícula “...otra...” se deduce que también los Ministros son autoridades.

⁴³ No especifica nada acerca de si el sujeto activo ha de ser o no funcionario. Tampoco de si tal superior ha de ser o no autoridad. De cualquier forma, puede establecerse la correspondiente correlación entre esta conducta y la del art.490 del CP 1822.

⁴⁴ “En todos estos casos la provocación al duelo, aunque sea privada ó embozada, se reputará amenaza grave para todos los efectos de este artículo”.

⁴⁵ Art.193.- “Si el desacato consiste en calumnia, ó el insulto, injuria ó amenaza de que habla el artículo precedente fuere grave, el delincuente sufrirá la pena de prision correccional en su grado medio á prision menor en igual grado y multa de 20 á 200 duros. Si fuere menos grave, la pena será la de arresto mayor en su grado mínimo y multa de 10 á 100 duros. Si los reos fueren reincidentes, la pena en el primer caso será la de prisión correccional en su grado máximo á prision menor en el mismo grado, y multa de 20 á 200 duros; y en el segundo la de prision correccional á prision menor en su grado mínimo y multa de 10 á 100 duros”.

⁴⁶ Observamos cómo mientras que en las otras modalidades se re-

para el caso de que el desacato sea menos grave. Por último, el párrafo tercero, se ocupa de la pena que ha de establecerse en aquellos casos en que los reos fueren reincidentes.

Finalmente, y por lo que respecta al trío que compone la regulación del desacato, el art.194 tiene por objeto aclarar cuándo se entiende que determinados sujetos ejercen autoridad constantemente⁴⁷. Si ya se ponía de relieve en el propio art.192 la vinculación que han de tener las conductas delictivas con las funciones del sujeto desacatado, es en el precepto que ahora se reseña donde tal circunstancia adquiere su máximo exponente, recogiendo ya desde este momento que los hechos pueden producirse "...con ocasión de ellas (de las funciones) ó por razón de su cargo...".

Por último resaltar que los tres preceptos que se acaban de analizar encierran la doctrina sobre el desacato (tal y como ya puso de manifiesto PACHECO⁴⁸), si bien debe aclararse que el art.194, como ya se ha indicado, no sólo se está refiriendo al mismo sino que su contenido también es aplicable a la figura del atentado.

De los artículos que restan hasta completar el Capítulo III se revisarán muy brevemente los siguientes: arts.195, 196 y 201 por carecer los demás de interés para este trabajo.

Tanto al analizar el CP 1848 como al repasar en líneas anteriores la primera modalidad del nº 2º del art.192, se ha puesto de manifiesto que la misma viene a recoger parte del contenido del art.195 del primitivo Código de 1848. Pues bien, el art.195 del CP 1850 tipifica el resto del contenido del precepto citado que quedaba sin regular⁴⁹.

El art.196⁵⁰ es prácticamente idéntico al art.191 del anterior CP 1848, viniendo únicamente a ampliar la conducta cuando se realice en "...espectáculos públicos..." y a endurecer la pena del delito⁵¹.

quiere específicamente que las mismas sean graves, la calumnia por sí sola y sin necesidad de graduación determina la gravedad del desacato.

⁴⁷ Art.194.- "Para todos los efectos de las disposiciones penales respecto de los que cometen atentado ó desacato contra la Autoridad ó funcionarios públicos, se entiende que ejercen aquella constantemente los Ministros de la Corona y las Autoridades de funciones permanentes ó llamadas á ejercerlas en todo caso y circunstancias. Entiéndese también ofendida la Autoridad en el ejercicio de sus funciones cuando tuvieren lugar el atentado ó desacato con ocasión de ellas ó por razón de su cargo".

⁴⁸ PACHECO, J.F. El Código Penal..., Tomo II, cit., p. 221.

⁴⁹ Art.195.- "El que con violencia ó con fines contrarios á la Constitución ú otro motivo reprobado impidiere á un Senador ó Diputado asistir á las Cortes, sufrirá la pena de prisión correccional". Recordemos como el art.195 del Código del 48 establecía, "El que impidiere á un Senador ó Diputado asistir á las Cortes, ó los injuriare ó amenazare por las opiniones emitidas en el Congreso ó en el Senado, será castigado con la pena de prisión correccional". La segunda parte del precepto se identifica como ya hemos expuesto con el art.192, 2º-segundo.

⁵⁰ Art.196.- "Los que causaren tumulto ó turbaren gravemente el orden en la audiencia de un Tribunal ó Juzgado, en los actos públicos propios de cualquier Autoridad, en algun colegio electoral, en espectáculos públicos, ó solemnidad, ó reunión numerosa, serán castigados, segun la gravedad del delito, con la pena de arresto mayor á prisión correccional y multa de 20 á 200 duros".

⁵¹ Según Pacheco la pena de arresto mayor debía ser suficiente y

El art.201, que se encarga de establecer la pena para el caso de que sujeto activo lo sea la autoridad civil o eclesiástica, no presenta ninguna novedad con respecto al Texto de 1848, ya que es idéntico al art.198 de este último⁵². El precepto establece que las disposiciones de este Capítulo 3º no serán aplicadas si los hechos reprimidos por las mismas deben ser calificados de rebelión o sedición.

Antes de pasar a estudiar algún artículo que se encuentra fuera de este Título pero que presenta cierto interés, debe resaltarse un extremo que se evidencia en el mismo momento de leer la rúbrica del Capítulo y su contenido. La citada rúbrica recordemos que era "De los atentados y desacatos contra la autoridad, y de otros desórdenes públicos". Los atentados se recogían en los art.189 y 190; los desacatos en el 192 y 193; son disposiciones comunes los arts.201, 202 y 206. Así pues, por exclusión, los "otros desórdenes públicos" han de ubicarse en los restantes preceptos del Capítulo. Ahora bien, se nos plantea la duda de si el legislador llamó a ese resto "otros desórdenes públicos" porque entendía que los atentados y desacatos también lo eran, o, simplemente, fue una redacción desafortunada. El hecho de que en posteriores Textos quedaran separados los desórdenes públicos de las otras conductas, avala la postura de que los atentados y desacatos no tenían esa consideración, aunque también es posible que fueran así concebidos por el legislador de 1850 quedando después modificada esa concepción.

Por último se ha de dejar constancia de la nueva prescripción del art.391 (ubicado dentro del Cap.3º "Disposiciones generales", del Tít.XI dedicado a los "Delitos contra el honor") cuando establece que:

"Nadie será penado por calumnia ó injuria sino á querrela de la parte ofendida, salvo cuando la ofensa se dirija contra la Autoridad pública, corporaciones o clases determinadas del Estado" (párr.1)⁵³.

Esta disposición constituye una novedad con respecto al Texto punitivo de 1848, ya que el art.381 del mismo se limitaba a declarar la necesidad de querrela para perseguir los delitos contra el honor sin excepcionar lo referente a la autoridad pública.

Una vez vista la regulación ofrecida por la Reforma de 1850, han de realizarse unas reflexiones finales en torno al citado Texto.

Tanto el CP 1848 como su Reforma de 1850 vieron la luz en la misma "década moderada", sin embargo, hubo una marcada diferencia de ambiente político entre ambos cuerpos legales⁵⁴. Se afirma, con razón, que la reforma de 1850 (calificada por JIMÉNEZ DE ASÚA como poco trascendente⁵⁵) está orientada a apretar resortes autorita-

eficaz (El Código Penal..., cit., p. 223). Por otra parte señalar, que es el equivalente al art.330 del CP de 1822.

⁵² Está emparentado con el art.323 del CP 1822.

⁵³ Obsérvese cómo es casi idéntico al art.467 párr.tercero del CP 1944, con la única diferencia de que en el 391 no se excepciona específicamente el capítulo correspondiente a los desacatos.

⁵⁴ El primitivo Código del 1848 es obra de la política conservadora moderada que encarna Bravo Murillo, mientras que la reforma de 1850 es fruto de la política más radical que personifica Narváez.

⁵⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. 3º

rios⁵⁶ y supuso “una radicalización, en la conciencia del poder de la necesidad de protección de la sociedad y del Estado, frente a imaginarias o reales amenazas derivadas de la situación social y política”⁵⁷. Como pone de manifiesto ANTÓN ONECA, la Reforma “...responde a una variación de matiz dentro de una misma política para apretar los resortes del poder después de las agitaciones revolucionarias de 1848”⁵⁸. De acuerdo con lo anterior, el CP de 1850 debe estimarse regresivo en lo que afecta al desarrollo y protección de los derechos fundamentales de la persona⁵⁹, razón por la cual se vertieron en su momento numerosas críticas al mismo⁶⁰.

IV. Evolución en los Textos punitivos posteriores

1. Código Penal de 1870

Dentro del Libro Segundo una de las mayores innovaciones fue la de separar en dos Títulos lo que en el anterior Código integraba el Título III “Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público”. Así pues el Título II quedó encargado de los “Delitos contra la Constitución” mientras que el III fue el regulador de los “Delitos contra el orden público”⁶¹. Seguimos encontrando novedades una vez que nos introducimos en el citado Título III ya que se sigue la técnica de independizar cada delito en un capítulo diferente. De esta forma, lo que antes engrosaba las líneas del Capítulo 3º (atentados, desacatos y otros desórdenes públicos) pasa ahora a configurar la existencia de cuatro Capítulos distintos. El número IV se encarga de los atentados, el V de los desacatos, el VI de los desórdenes públicos y el VII de las disposiciones comunes a los tres capítulos citados⁶². Centrándonos ya en el V, lleva por rúbrica “De los desacatos, insultos, injurias y amenazas á la autoridad, y de los insultos, injurias y amenazas á sus agentes y á los demás funcionarios públicos”⁶³, y comprende desde el

art.266 hasta el 270 (ambos inclusive). A lo largo de su estudio se irán resaltando las diferencias con respecto a la regulación anterior.

Comienza el Capítulo por el art.266 que se ocupa directamente de establecer qué ha de entenderse por desacato. Obsérvese que el antiguo art.191 no tiene su reflejo en el presente Capítulo, lo cual no significa que haya desaparecido del CP 1870. El mismo precepto, presentando alguna ligera modificación, se encuentra reflejado en el art.173 dentro del Título II encargado de los “Delitos contra la Constitución”⁶⁴. En cuanto al art.266 describe aquellas conductas que son constitutivas de desacato, empleando para ello dos números.

La primera modalidad se corresponde con el nº 2º-Segundo del art.192 del CP 1850, aunque presentando numerosas novedades con respecto al mismo.

“1º Los que, hallándose un Ministro de la Corona ó una Autoridad en el ejercicio de sus funciones ó con ocasion de éstas, los calumniaren, injuriaren, ó insultaren de hecho o de palabra en su presencia ó en escrito que les dirigieren, ó los amenazaren”.

Repasando tales innovaciones, hay que comenzar por poner de manifiesto que el precepto se refiere a “... Ministro...ó una Autoridad...”, mientras que en la redacción anterior se utilizaba la expresión “...ó á otra Autoridad...”, lo que llevaría a plantear la paradoja de entender que los Ministros no gozan de tal cualidad⁶⁵. Por otra parte, además de exigirse que el desacato se cometa cuando el Ministro o Autoridad se encuentre “en el ejercicio de sus funciones”⁶⁶, se añade la posibilidad de que se realice “...con ocasión de éstas...”. Asimismo constituye una novedad la exigencia de que la conducta se lleve a cabo en presencia de los sujetos antes mencionados o en escrito a ellos dirigido⁶⁷.

edic. actualizada. Buenos Aires, 1964, p. 762.

⁵⁶ SÁINZ CANTERO, J.A. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 3ª edic. Barcelona, 1990, p. 230.

⁵⁷ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRIGUEZ RAMOS, L., RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias. Madrid, 1988, p. 189.

⁵⁸ ANTÓN ONECA, J. Derecho Penal, 2ª edic., anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Madrid, 1986, p. 76.

⁵⁹ No olvidemos que las modificaciones más importantes fueron entre otras, la mayor severidad de los delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público (incluyendo el delito de desacato), o la incorporación del delito de escándalo público (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. Códigos Penales..., cit., p. 321). De reaccionaria es calificada por JIMENEZ DE ASUA precisamente por aumentar la gravedad de algunos delitos como los de atentado, desacato, desórdenes públicos y otras infracciones políticas (Tratado..., Vol.I, cit., p. 762). Notemos cómo no habla de incluir el delito de desacato sino de aumentar su gravedad, con lo que eso supone en cuanto a su nacimiento.

⁶⁰ Ya expuestas anteriormente.

⁶¹ Modificación que pudo ser efectuada previa supresión del antiguo Título I “Delitos contra la religión” para pasar a encargarse de los “Delitos contra la seguridad exterior del Estado”, antes contenidos en el II.

⁶² El I se hace cargo de la rebelión, el II de la sedición y el III de las disposiciones comunes.

⁶³ Rúbrica que salvo en el CP 1928 se mantuvo hasta su desaparición.

⁶⁴ Concretamente en su Cap.I (“Delitos de lesa majestad, contra las Cortes, el Consejo de Ministros, y contra la forma de gobierno”), Sección Segunda (“Delitos contra las Cortes y sus individuos, y contra el Consejo de Ministros”).

⁶⁵ A este respecto viene a abonar nuestra duda la siguiente frase del Sr. Montero Ríos cuando contesta al Sr. Sánchez Ruano en un discurso, a propósito de discutir el dictamen de la Comisión: “... Por consiguiente, si es necesario para que el desacato exista, que la injuria, la calumnia ó la amenaza se cometan contra la Autoridad por el desempeño de sus funciones, ó con ocasion del ejercicio de sus funciones, claro es que esta misma teoría del desacato ha de aplicarse á la injuria, calumnia ó amenaza que se cometa contra el Ministro de la Corona...” (VIADA Y VILASECA, S. Código Penal Reformado de 1870. 2ª edic. Tomo I. Madrid, 1877, p. 332). Groizard, haciendo referencia al cambio sufrido por el Código en el que se pasa de decir “...ó á otra Autoridad...” a “...ó á una Autoridad...”, concluye diciendo que efectivamente la redacción del Código de 1870 es menos precisa, pero que los Ministros son realmente Autoridades ya que ejercen jurisdicción propia -art.277- (GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. El Código Penal..., cit., p. 481).

⁶⁶ Antes “ejercicio de sus cargos”.

⁶⁷ El mejor comentario que puede efectuarse a este requisito de la presencia es, tal y como puso de manifiesto Viada, transcribir las explicaciones que sobre el particular dio el Ministro, Sr. Montero Ríos, al contestar al Sr. Sánchez Ruano sobre el dictamen de la Comisión (de las cuales ya hemos dado noticia). Sus palabras fueron las siguientes: «El segundo punto, acerca del cual S.S. deseaba explicaciones del Ministro, era el relativo al desacato. Decía S.S. “Yo no entiendo por delito de desacato sino el que se comete á presencia de la Autoridad desacatada”; y Decía bien S.S. al presentar esta teoría.... »; «También la reforma del código exige

Por último decir, que se incluye por primera vez la posibilidad de que la calumnia, injuria o insulto sean de hecho o de palabra, así como resaltar que las amenazas se incluyen al final del número separadamente de las conductas anteriores⁶⁸.

Cuando los Ministros sean calumniados, injuriados o amenazados gravemente, pero no individualmente sino estando constituidos en Consejo, es de aplicación el art.179 del Código⁶⁹.

La segunda modalidad recogida en el art.266 es la siguiente:

“2º El funcionario público que, hallándose su superior jerárquico en el ejercicio de su cargo, lo calumniare, injuriare ó insultare de hecho ó de palabra en su presencia ó en escrito que le dirigiere, ó le amenazare”.

Esta conducta viene a sustituir a la contenida en el nº 2º-Tercero del art.192 del anterior Texto punitivo. Las diferencias existentes con respecto al mismo son dos:

a) Por vez primera se especifica la condición de funcionario público que ha de tener el sujeto que realiza la conducta de desacatar⁷⁰. La interrogante obligada que a continuación surge es la de si ese superior ha de tener o no la condición de autoridad, cuestión respecto de la cual el precepto que estudiamos no establece nada, lo mismo que no lo hace ningún otro. Sin embargo, el Ministro de Gracia y Justicia, Sr. Montero Ríos, en el

discurso ya varias veces mencionado, afirma al respecto lo siguiente: “...en la reforma del Código, el desacato se circunscribe has-ta el punto de limitarle á la Autoridad; no se extiende á ningun otro funcionario público; tan sólo la Autoridad ha de ser la desacatada; no serán desacatados los funcionarios; éstos podrán ser injuriados ó calumniados...”⁷¹. Es, sin embargo, de opinión contraria GROIZARD quien afirma que “...No es necesario que la ofensa sea contra la Autoridad: basta se refiera á un funcionario público, con tal que el delincuente sea funcionario que reconozca al desacatado como superior jerárquico”. Así pues para este autor “...con los funcionarios públicos se comete también desacato...”⁷².

b) La segunda diferencia radica en que mientras que en el Texto derogado se exigía que el superior fuese desacatado “con ocasión de sus funciones”, en el actual se requiere expresamente que el superior sea sujeto pasivo de la conducta “en el ejercicio de su cargo”. Por lo demás, este número vuelve a recoger los cuatro medios anteriormente vistos⁷³, así como los requisitos de la presencia o escrito dirigido.

Un último párrafo que viene a configurar el art.266, que constituye toda una novedad, determina que:

“Por consecuencia de lo dispuesto en los dos números anteriores, la publicacion por la prensa periódica de los escritos en ellos mencionados, no constituirá por sí sola delito de desacato”.

Es importante para llegar a comprender el significado de este texto aclarar cuál fue el origen de su nacimiento. Según GONZALEZ Y SERRANO “...Iban a pasar desapercibidos, cuando un Diputado celoso, amante de la prensa, el Sr. Alvareda, levantó su voz, y dijo: que con ese capítulo de desacato podía desterrarse á la prensa...”⁷⁴. Su preocupación estaba motivada porque al estar la prensa sujeta al Código penal común, y además existir una disposición que impedía la prestación de fianza (estableciendo como preceptiva la prisión de los inculcados por este delito), podían verse los periodistas reducidos a prisión “por la genialidad de un Ministro o el exceso de celo de un juez”, aunque posteriormente fueran absueltos. Pedía, por tanto, el Sr. Alvareda que quedara establecido en el Código que el desacato no podría cometerse por medio de la prensa, ya que aunque desde la Reforma del 1850 había quedado claro que era necesaria la presencia de la Autoridad para que fuera cometido el delito, algún periodista había pasado varios meses en la cárcel por el error de un Magistrado. Ante esta sugerencia, la Comisión puso de manifiesto, que “...desearía que el Sr. Alvareda diera la fórmula y quedaría completamente complacido, porque nada más lejos del ánimo de la Comisión que por medio de la imprenta se cometa desacato...” Fue así como el Diputado mencionado propuso añadir al delito de desacato el párrafo anteriormente transcrito, sien-

esa presencia para que haya desacato á la Autoridad; pero esa presencia puede ser real, física ó moral. Explicaré mis frases. Cuando el desacato es materialmente a la Autoridad, no hay duda alguna para determinar la naturaleza del delito; cuando el que desacata, ó sea el que profiere injuria, calumnia ó amenaza á la Autoridad, lo hace en una comunicacion de carácter oficial; cuando dirige la comunicacion á la Autoridad, como tal Autoridad, no como particular; ¿puede desconocer alguien que las injurias que en esa comunicacion se viertan son de la naturaleza del desacato, y por las que hay desacato contra aquella Autoridad, pero de una manera moral? Esta es la naturaleza del delito, tal como está perfectamente definido por la ciencia y determinado por nuestra Jurisprudencia, que en este punto la reforma del Código nada nuevo introduce; no hace más que aceptar la Jurisprudencia sentada y conforme con la opinion de los jurisconsultos más distinguidos. Pero el Sr. Sánchez Ruano temia que en un escrito cualquiera que se dirigiese á un Ministro podria segun la reforma del Código, considerarse que habia delito de desacato. No es eso; es necesario que esa comunicacion ó escrito se dirija al Ministro como tal Ministro, en el desempeño de las funciones de su cargo; la comunicacion que se dirija al Ministro como particular, no puede ser considerada como delito de desacato. Necesario es,... » (VIADA Y VILASECA, S. Código Penal Reformado..., cit., pp. 331 y 332).

⁶⁸ Lo cual lleva a cuestionar la exigencia del requisito de la presencia o escrito dirigido con respecto a esta modalidad de amenazar. Para GROIZARD no existe tal duda sino que está rotundamente claro que la amenaza no requiere tales circunstancias, siendo por eso que el legislador la ha separado de los demás medios con intención manifiesta. Quiere decirse que la amenaza, sea cual sea la circunstancia en que se verifique (con o sin la presencia, en escrito dirigido o no), es siempre desacato. De ahí que no se incluya como medio en el art.269 (que posteriormente veremos), nota que viene a corroborarlo (GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. El Código Penal..., cit., pp. 480, 483, 484 y 490). En la misma línea ÁLVAREZ CID (ÁLVAREZ CID, J. El Código Penal de 1870. Tomo I. Córdoba, 1908, pp. 576 y 586).

⁶⁹ Ubicado en el Título, Capítulo y Sección de los que ya se ha dado cuenta antes.

⁷⁰ Recuérdese que el precepto citado del Código de 1850 decía literalmente “Art.192.- Cometen desacato...2º Los que...Tercero. A un superior suyo con ocasion de sus funciones...”.

⁷¹ VIADA Y VILASECA, S. Código Penal Reformado..., cit., p. 331.

⁷² GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. El Código Penal..., cit., pp. 480 y 493.

⁷³ Calumnia, injuria, insulto (de hecho o de palabra) y amenaza (viene ésta recogida como en el caso anterior al final del párrafo).

⁷⁴ GONZÁLEZ Y SERRANO, J. Apéndice a los Comentarios..., cit., p. 206.

do evidente que fue aceptado por la Comisión, dando seguridades de su cumplimiento⁷⁵.

De “retazo mal añadido” y de “exención injustísima” es calificado tal apartado por GONZALEZ Y SERRANO ya que en su opinión no tienen por qué gozar los periodistas de tales privilegios: “...O la accion es ó no es punible. Si no lo es, bórrese ese título del desacato. Si lo es, mayor será sin duda dándose publicidad al denuesto, injuria ó triste verdad. Sépanlo los españoles. Es lícito decir al Ministro todo lo que pueda deprimirle, con tal que se inserte en un periódico; pero eso mismo no se le puede achacar en un escrito privado, ni en un libro serio...” Tal y como sigue exponiendo este autor, eran más consecuentes las leyes antiguas de imprenta, ya que cuando una autoridad se creía calumniada “descendía de su altura” y denunciaba el escrito que había considerado ofensivo. “...Esta es la verdadera teoría y no escribir un largo capítulo, que comprende por cierto cinco artículos, y en cuyas redes ya hará caer á los escritores un fiscal travieso...”⁷⁶. Para GROIZARD, el precepto al que nos estamos refiriendo es innecesario. Efectivamente, el escrito que se publica en la prensa periódica no es desacato, pero no lo es (sin necesidad de que exista el últ. párr. del art.266.) porque no va dirigido a la Autoridad ni al superior jerárquico sino al público para que lo lea, por consiguiente, carece de uno de sus requisitos constitutivos⁷⁷. Por último, VIADA⁷⁸ pone de manifiesto que los citados escritos periodísticos, pese a no constituir delito de desacato, sí configurarían un delito de calumnia o injuria “...á cuya averiguación y castigo deberá procederse por el Juez de oficio, ó á excitacion fiscal, sin necesidad de querrela de la parte ofendida...”, por ser considerado como un delito público a tenor de lo dispuesto en el art.482 párr.2 y su concordante, el art.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁷⁹ (entendemos que por aplicación del art.269 del Texto punitivo).

Tras el análisis del primero de los preceptos, observamos que hay dos conductas de las recogidas en el antiguo art.192 que no tienen su reflejo en el mismo. Pues bien, al igual que ocurría con el contenido del art.191, tales descripciones han sido trasladadas a otro Título del Código, lo que determina su no consideración como desacato⁸⁰.

⁷⁵ LASSO GAITTE, J.F. Crónica de..., cit., pp. 467 y 468.

⁷⁶ GONZÁLEZ Y SERRANO, J. Apéndice a los Comentarios..., cit., pp. 206 y 207.

⁷⁷ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. El Código Penal..., cit., p. 484.

⁷⁸ VIADA Y VILASECA, S. Código Penal Reformado..., cit., p. 332.

⁷⁹ Art.482 párr. segundo que viene a establecer lo mismo que el art.391 párr. primero, si bien añade por primera vez como excepción a esa necesidad de querrela “...lo dispuesto en el capítulo V del título III de este libro”.

⁸⁰ En el ya conocido Cap.I („Delitos de lesa majestad, contra las Cortes, el Consejo de Ministros, y contra la forma de gobierno”), Sección Segunda (“Delitos contra las Cortes y sus individuos, y contra el Consejo de Ministros”), el art.174 recoge en sus dos primeros números lo que antes constituía el art.192- 1º, mientras que en su número tercero se encarga de regular lo que antes era el art.192-2º. Primero. Art.174.- “Incurrirán... 1º Los que perturbaren gravemente el órden de las sesiones en los Cuerpos Colegisladores. 2º Los que injuriaren ó amenazaren en los mismos actos á algun Diputado ó Senador. 3º Los que fuera de las sesiones injuriaren ó amenazaren á un Senador ó Diputado por las opiniones manifestadas ó por los votos emitidos en el Senado ó en el Congreso...” En el

El art.267⁸¹ establece las penas correspondientes a las conductas anteriores graduándolas según sean graves (párr.1) o menos graves (párr.2). Hay que hacer notar que ya la calumnia por sí sola no determina la aplicación de la pena más grave, sino que al igual que el resto de los medios la misma ha de tener la consideración de grave⁸². Tampoco se dedica un párrafo específico a la regulación de la reincidencia como hiciera el art.193 precedente.

El art.268 recoge en un artículo independiente lo que antes era el último párrafo del art.192, y viene a establecer que la provocación al duelo (aunque sea embozada o con apariencias de privada⁸³) es reputada amenaza grave a los efectos del artículo anterior⁸⁴.

Por su parte, los artículos 269⁸⁵ y 270⁸⁶ son completamente novedosos con respecto a la regulación antecedente. En el primero de ellos la conducta descrita es idéntica a la recogida en el art.266-1º, con dos diferencias: una, que en este caso, la misma habrá de realizarse fuera de la presencia del Ministro o Autoridad o en escrito no dirigido a ellos; otra, que no se recoge la modalidad de amenazar⁸⁷. Respecto al segundo de los preceptos, el art.270, vuelve a describir una conducta como la del art.266-1º con otras dos diferencias: la primera, no incluir la calumnia⁸⁸, y la más importante, realizar un cambio de sujeto pasivo tratándose en este caso de funcionarios públicos o agentes de la autoridad⁸⁹. Con respecto a la exigencia de que se hallaren en el ejercicio de sus funciones o sea ejecutada la conducta con ocasión de las mismas, el precepto no dice nada, pero como pone de manifiesto VIADA “...se comprende que no pueden ser más protegidos los funcionarios públicos y los agentes de la Autoridad, que

art.175 se eleva la pena si las conductas de los preceptos anteriores fueren graves.

⁸¹ Art.267.- “Cuando la calumnia, insulto, injuria ó amenaza, de que habla el artículo precedente, fueren graves, el delincuente sufrirá la pena de prision correccional en su grado mínimo y medio y multa de 150 a 1500 pesetas. Si fueren menos graves, la pena será de arresto mayor en su grado máximo á prision correccional en su grado mínimo y multa de 125 á 1250 pesetas”

⁸² Ver art.193 párr.1 del CP 1850.

⁸³ En el Texto derogado se decía “aunque sea privada ó embozada”.

⁸⁴ En el art.180 párr. últ., a propósito de la conducta de calumniar, injuriar o amenazar a los Ministros consituídos en Consejo, se establece también que la provocación al duelo se reputará siempre amenaza grave.

⁸⁵ Art.269.- “Los que, hallándose un Ministro de la Corona ó una Autoridad en el ejercicio de sus funciones ó con ocasion de éstas, los calumniaren, injuriaren, insultaren de hecho ó de palabra, fuera de su presencia, ó en escrito que no estuviere á ellos dirigido, serán castigados con la pena de arresto mayor”

⁸⁶ Art.270.- “Se impondrá tambien la pena de arresto mayor á los que injuriaren, insultaren ó amenazaren de hecho ó de palabra á los funcionarios públicos ó á los agentes de la Autoridad en su presencia ó en escrito que se les dirigiere”.

⁸⁷ Según se vio anteriormente, en opinión de algunos autores la razón es que la amenaza proferida en las circunstancias de este capítulo constituye siempre delito de desacato.

⁸⁸ Que habría de castigarse como delito privado (GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A. El Código Penal..., cit., pp. 491 y 492).

⁸⁹ El concepto de funcionario público a efectos penales se recoge en el art.416 del Texto punitivo y determina que “Para los efectos de este título y de los anteriores del presente libro, se reputará funcionario público todo el que por disposicion inmediata de la ley, ó por eleccion popular ó por nombramiento de Autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas”.

la Autoridad misma, para cuyo desacato es indispensable la antedicha circunstancia”⁹⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior, y, sobre todo, tomando en consideración las tantas veces mencionadas explicaciones del Ministro, procede realizar algún comentario sobre la denominación genérica del Capítulo V, que desde el mismo momento de su nacimiento en el CP 1870 ha suscitado numerosos comentarios. La rúbrica era “De los desacatos, insultos, injurias y amenazas á la Autoridad y de los insultos, injurias y amenazas á sus agentes y á los demás funcionarios”. Si se considera que Montero Ríos afirmó que sólo es desacato el realizado en la presencia “física o moral” de la autoridad⁹¹, automáticamente excluye de tal calificación las conductas del art.269 (fuera de la presencia o en escrito no dirigido a la misma). Por otra parte, el Sr. Ministro también afirmaba que el desacato se circunscribe a aquellos supuestos en que el sujeto pasivo es autoridad, no extendiéndose a ningún otro funcionario público. De esta forma quedan también excluidos del delito de desacato los supuestos del art.270. En conclusión, cuando en la rúbrica se dice “De los desacatos...” se está refiriendo al delito del art.266. Cuando continúa “De...insultos, injurias y amenazas á la Autoridad...” alude a las conductas del art.269, si bien debieron confundirse recogiendo en la denominación las amenazas, en lugar de las calumnias⁹², que como se destacó no son mencionadas en el precepto⁹³. Por último, cuando el legislador refirió “...y de los insultos, injurias y amenazas á sus agentes y á los demás funcionarios públicos” apuntaba al art. 270 del Texto legal. Entendemos que esta es la interpretación que se deduce de las palabras del Ministro⁹⁴.

Finalizando ya con el análisis de la regulación de los desacatos en el CP 1870, corresponde ahora dejar constancia de la existencia de un Capítulo, el VII, donde se recogen las “Disposiciones comunes á los tres capítulos anteriores”⁹⁵. Son tres preceptos los contenidos en este apartado, de los cuales el art.277⁹⁶ se encarga de determinar quién es reputado Autoridad a los efectos anteriormente citados⁹⁷. Por su parte el art.278⁹⁸ se corresponde con el derogado art.201 del CP 1850, estableciendo una

agravación para el caso de que el autor del delito se hallare consituído en autoridad civil o religiosa. En opinión de VIADA esta disposición es altamente inconveniente porque se comprende que exista para el caso en que tales sujetos cometan un delito de desórdenes públicos, pero no cuando se trate de atentado o desacato, ya que “...racionalmente no pueden existir tales delitos, siendo á la vez Autoridades el ofensor y el ofendido...”⁹⁹. Por último el art.279, que viene a sustituir al antiguo art.202, contiene la penalidad asignada a aquellos Ministros de una religión que en el ejercicio de sus funciones provocaren la comisión de los delitos contenidos en los tres capítulos de referencia.

Lo anterior por lo que respecta a los delitos. En cuanto a las faltas, las conductas paralelas se tipifican en el art.589 5º y 6º¹⁰⁰, dentro del Capítulo II (“Faltas contra el orden público”), del Título I (“De las faltas de imprenta y contra el orden público”) del Libro Tercero (“De las faltas y sus penas”). Para graduar entre delito y falta los Tribunales habrán de estar a lo dispuesto en el art.5 del Decreto de 22 de septiembre de 1848¹⁰¹.

Una vez revisada la regulación legal otorgada a los delitos de desacato por el CP 1870, procede reseñar alguna de las opiniones vertidas al respecto por autorizados especialistas. Para GROIZARD, “...El Código actual¹⁰² ha mejorado la materia¹⁰³, estableciéndola sobre bases más precisas, y fijándola límites más concretos, resolviendo así las principales cuestiones en la práctica. Es el presente uno de los capítulos que menos se prestan á discusiones y dudas, aunque siempre ofrece dificultad el trazar una línea divisoria entre los desacatos graves y menos graves...”¹⁰⁴. Como VIVES ANTÓN defendió con posterioridad: “el examen de la regulación pondrá de manifiesto cuán lejos de la realidad se hallan tales afirmaciones”¹⁰⁵.

2. Código Penal de 1928

Dentro del Libro Segundo, Título III (“Delitos contra el orden público”), Capítulo V, la Sección Segunda lleva por rúbrica: “Desacatos, injurias y amenazas a las autoridades, a sus agentes, a los funcionarios públicos y a las Cor-

⁹⁰ VIADA Y VILASECA, S. Código Penal Reformado..., cit., p. 339.

⁹¹ Entendiendo por presencia moral aquel desacato cometido mediante escrito dirigido a la Autoridad.

⁹² Que son las que aparecen en el art.269.

⁹³ Y que por otra parte según la opinión expuesta constituyen siempre desacato.

⁹⁴ En este sentido Groizard señala que no todos los hechos comprendidos en el capítulo deben considerarse como desacatos, ya que si para el legislador todos lo hubieran sido, hubiera solo escrito al frente del capítulo “de los desacatos” y nada más (GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. El Código Penal..., cit., p. 473).

⁹⁵ El IV (atentados), el V (desacatos) y el VI (desórdenes públicos).

⁹⁶ Que vendría a sustituir al antiguo art.194.

⁹⁷ Art.277.- “Para los efectos de los artículos comprendidos en los tres capítulos precedentes, se reputará Autoridad al que por sí solo ó como individuo de alguna corporacion ó Tribunal, ejerciere jurisdiccion propia. Se reputarán tambien Autoridades los funcionarios del ministerio fiscal”.

⁹⁸ Art.278.- “En el caso de hallarse constituido en Autoridad civil ó religiosa el que cometiere cualquiera de los delitos expresados en los tres capítulos anteriores, será castigado con el máximo de la respectiva pena y con la inhabilitacion absoluta temporal”.

⁹⁹ Entre tales Autoridades habría, en su opinión, injuria o calumnia privada, pero no atentado ni desacato (VIADA Y VILASECA, S. Código Penal Reformado..., cit., p. 357).

¹⁰⁰ Art.589.- “Serán castigados con la multa de 5 á 25 pesetas y reprension: ... 5º Los que faltaren al respeto y consideracion debida á la Autoridad ó la desobedecieron levemente, dejando de cumplir las órdenes particulares que les dictare, si la falta de respeto ó la desobediencia no constituyeran delito. 6º Los que ofendieren de un modo que no constituya delito á los agentes de la Autoridad cuando ejerzan sus funciones y los que en el mismo caso los desobedecieren”.

¹⁰¹ Según el cual “cuando el Código penare un hecho que, por ser susceptible de diferentes grados de culpabilidad segun su extension ó efectos, califica de delito y falta, los Tribunales para su persecucion y aplicacion de las penas respectivas, consultarán la extension ó efectos en cada caso, procediendo segun sus resultados”.

¹⁰² Refiriéndose al de 1870.

¹⁰³ Aludiendo, lógicamente, al desacato.

¹⁰⁴ GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A. El Código penal..., cit., p. 474.

¹⁰⁵ En COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T.S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C.; VIVES ANTÓN, T.S. -coord.-. Derecho Penal. Parte Especial. 3ª edición, Valencia, 1990, p. 159.

poraciones u organismos oficiales”¹⁰⁶ (art.324 a 329). El art.324, recoge las conductas constitutivas de desacato en dos números diferentes, suprimiendo el último párrafo del Texto derogado donde se exceptuaba de la comisión del delito a los escritos realizados mediante la prensa periódica¹⁰⁷.

En el número 1º se determina que comete desacato:

“El que calumniare, injuriare, difamare o amenazare de hecho o de palabra a los Ministros de la Corona o a otras Autoridades en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, ya en su presencia, ya en escrito que les dirigiere”.

Como diferencias entre el texto transcrito y el anterior art.266 nº 1º se encuentran únicamente las siguientes: no se recoge la modalidad de insultar, que se sustituye por la de “difamar”¹⁰⁸; las amenazas ya no se recogen al final del párrafo sino a continuación de los demás medios comisivos¹⁰⁹; por último, se vuelve a decir (como en el Texto de 1850) “...Ministros...o a otras Autoridades...” en lugar de “ó a una Autoridad” (como se hacía en el CP 1870)¹¹⁰.

El número 2º del precepto¹¹¹ tiene el mismo contenido que el derogado art.266-2º, mostrando como diferencias dos de las que se acaban de citar en el apartado anterior, esto es, el cambio de insultar por difamar, y la inclusión de las amenazas detrás de los restantes medios. Por su parte, la alteración sufrida por el texto en el sentido de dar otro enclave a la frase “en el ejercicio de su cargo”, no ha hecho más que sembrar la confusión ya que con la redacción actual no advierte con claridad si en tal circunstancia ha de estar el superior o el inferior¹¹².

El art.325¹¹³ establece la penalidad para las conductas anteriores dependiendo de si las mismas han sido graves (párr.1) o no graves¹¹⁴ (párr.2). Asimismo en el segundo

párrafo recoge la provocación al duelo, que en el Texto anterior ocupaba un artículo independiente (el art.268), sustituyéndose la expresión “embozada” por la de “encubierta”.

Avanzando en el Capítulo, el art.326 recoge una modalidad paralela al delito de desacato cuya nota diferenciadora es que la conducta de calumniar, injuriar o difamar ha de realizarse fuera de la presencia del sujeto¹¹⁵ o en escrito no dirigido al mismo¹¹⁶. Tal escrito, además de no estar dirigido a la autoridad, ha de haberse manifestado “...por cualquier medio de difusión...”. Es esta una novedad que recoge el Código de 1928 y que como se ha puesto de manifiesto viene a limitar el alcance del precepto, quedando reducido a aquellos escritos que hubiesen sido difundidos¹¹⁷. Por último hay que resaltar que no se menciona la amenaza entre los posibles medios comisivos, lo que para CUELLO CALÓN es “imputable sin duda alguna a una omisión o descuido de redacción”¹¹⁸. Recuérdese cómo en el antiguo y derogado art.269 tampoco se recogía, pero ello se debía (según se ha expuesto anteriormente) a que la amenaza a la autoridad era constitutiva en todo caso de desacato propiamente dicho, como consecuencia de recogerse el citado medio en el precepto regulador del desacato al final del párrafo, lo cual le eximía de cumplir con el requisito de la presencia o escrito dirigido. De esta forma, y siguiendo un razonamiento equivalente en el Texto actual, o amenazar a la autoridad (con todos los demás requisitos exigidos) constituye siempre el delito del art.324 (desacato) o el legislador no quiere castigarla cuando no sea realizada en presencia o en escrito dirigido. La primera interpretación no puede ser válida en el presente caso, ya que, como se ha tenido la oportunidad de comprobar, la amenaza se recoge junto con los otros medios, de manera que como ellos ha de cumplir con los requisitos de presencia y demás. Quiere decirse que fuera de ese precepto, si se quiere castigar una determinada modalidad hay que recogerla expresamente. Así, si no se ha incluido junto con la calumnia, injuria o difamación en el art.326 es, bien porque esa ha sido la voluntad del legislador, bien, como decía Cuello, porque ha habido un fallo de redacción. En este caso, el citado autor propone castigar por un delito común de amenazas con la agravante del art.66.10 del mismo Texto¹¹⁹.

Respecto al art.327¹²⁰, recoge la conducta de calumniar, injuriar, difamar o amenazar a los agentes de la autoridad

graves”.

¹⁰⁶ La Sección Primera recoge los atentados, resistencia y desobediencia graves, y la Tercera las disposiciones generales.

¹⁰⁷ Se ha puesto de manifiesto que la supresión de este párrafo no modifica el sentido del precepto, pues obedecía aquel a un exceso de celo a favor de la libertad de prensa (JIMÉNEZ DE ASUA, L. y ANTON ONECA, J. Derecho Penal conforme al Código de 1928. 1ª edic. II. Parte Especial. Madrid, 1929, p. 59).

¹⁰⁸ Este cambio se repite en todos los preceptos del Capítulo, por lo que se entiende reproducido en el resto del estudio.

¹⁰⁹ Con lo que ello implica de cara a los requisitos de presencia o dirección del escrito con respecto a la autoridad.

¹¹⁰ Denotando claramente la condición de Autoridad de los Ministros de la Corona.

¹¹¹ Art.324.- “Cometen desacato: ... 2º El funcionario público que calumniare, injuriare, difamare o amenazare de hecho o de palabra a su superior jerárquico en el ejercicio de su cargo, en su presencia o en escrito que le dirigiere”.

¹¹² En el art.266-2º CP 1870 se decía “El funcionario público que, hallándose su superior jerárquico en el ejercicio de su cargo, lo calumniare...”. Sin embargo el art.324 del CP 1928 establece: “El funcionario público que calumniare,...a su superior jerárquico en el ejercicio de su cargo...” ¿Quién ha de estar en el ejercicio del cargo el superior lesionado o el inferior que realiza la conducta? En este sentido la duda a la que nos hemos referido, si bien la solución está clara dada la configuración del delito que estudiamos.

¹¹³ Art.325.- “Cuando la calumnia, injuria, difamación o amenaza de que habla el artículo precedente sean graves, se impondrá al delincuente la pena de seis meses a cuatro años de prisión. Si no fueren graves, la pena será de cuatro meses a dos años de prisión. La provocación al duelo, aunque sea encubierta o con apariencia de privada, se reputará amenaza grave”.

¹¹⁴ En el art.267 del CP 1870 no se refería a “no graves” sino a „menos

¹¹⁵ Sujetos que son los mismos que los del art.324.

¹¹⁶ Se corresponde con el art.269 del Código anterior.

¹¹⁷ JIMÉNEZ DE ASUA, L. y ANTON ONECA, J. Derecho Penal conforme..., cit., p. 60.

¹¹⁸ CUELLO CALÓN, E. El nuevo..., cit., p. 116.

¹¹⁹ *Ibidem*, cit., p. 116.

¹²⁰ Art.327.- “Los que calumniaren, injuriaren, difamaren o amenazaren de hecho o de palabra a los agentes de la Autoridad o a los funcionarios públicos en su presencia o en escrito que les dirigieren, por cualquier medio de difusión, cuando se hallen ejerciendo sus funciones o con ocasión de éstas, serán castigados con la pena de cuatro meses a un año de prisión o de seis meses a dos años de destierro. Si tales actos se ejecutaren contra el funcionario público y con ocasión del ejercicio de sus funciones, pero no en su presencia,

o funcionarios públicos, al igual que hacía el antiguo art.270 del CP 1870. Las diferencias que presenta con el mismo son numerosas. En primer lugar, se introduce la modalidad de “calumniar” a diferencia de lo que hacía el Texto derogado. En segundo extremo, se añade a la exigencia de que el escrito esté dirigido a alguno de los sujetos mencionados, que se haga “por cualquier medio de difusión”¹²¹. Por otra parte, requiere expresamente, a diferencia de la regulación anterior, que tales agentes o funcionarios se hallen en el ejercicio de sus funciones o que la conducta se realice con ocasión de las mismas. Por último decir que, como novedad, se introduce un párrafo segundo en este art.327 donde se recoge la misma conducta pero realizada fuera de la presencia o en escrito no dirigido al sujeto.

El precepto siguiente, art.328, describe la conducta de injuriar, calumniar, difamar o amenazar a Corporaciones u organismos oficiales. En el CP 1870 se recogía el precepto equivalente en el art.482 párr.segundo, dentro de las disposiciones generales de los delitos contra el honor, si bien se refería a “...corporaciones ó clases determinadas del Estado...”¹²². Obviamente, con la inclusión de este art.328 dentro de la Secc.2ª del Cap.V del Tít.III, en el art.637 del CP 1928 ya no hay ningún párrafo que se encargue de esta cuestión (es el que dentro de las disposiciones generales de los delitos contra el honor se dedica a la perseguibilidad de tales infracciones y por tanto paralelo al derogado art.482).

Para finalizar ya con esta Sección, citar el art.329 que determina que:

“En todos los delitos comprendidos en esta Sección, se impondrá además la pena de multa de 1000 a 5000 ptas”.

Al respecto sólo decir que en la anterior regulación únicamente se imponía una pena de multa (además de la privativa de libertad) en el caso del desacato del art.266, variando de cuantía según el mismo fuese grave o menos grave (art.267). En los demás casos no había pena de multa. Este precepto la prescribe para todos los delitos que se han estudiado, llamando la atención que pese a que entre los mismos unos se consideran más graves que otros la cuantía de la multa es idéntica en todos los casos.

Anteriormente se dejó constancia de la existencia de una Sección tercera dentro del mismo Cap.V donde se recogían las “Disposiciones generales” (art.330 a 332). La primera de ellas, art.330, se corresponde con el antiguo art.278 y determina una agravación para aquel que estando constituido en autoridad ejecute algún delito de los previstos en la Sección primera y segunda (atentado, resistencia, desobediencia, desacato, injurias y amenazas a Autoridades...) ¹²³. La segunda, sin embargo, recogida en

el art.331 no tiene precedente en la anterior legislación. Su tenor literal dice así:

“Incurrirán en la pena de dos a seis años de inhabilitación absoluta las Autoridades que, sin tener entre sí dependencia jerárquica, por corresponder a distintas esferas de la Administración pública, se injuriaren, calumniaren o amenazaren en sus relaciones oficiales, pero no podrá ejercitarse en ninguno de estos casos la acción penal sin autorización o mandato del Gobierno”.

Según JARAMILLO GARCÍA tal prescripción se dirige a garantizar las buenas relaciones de las autoridades de distinto orden en definitivo beneficio del público, ya que los enojos entre ellas dan una pobre sensación traducida en desprestigio de los propios cargos¹²⁴. Es condición precisa que los hechos tengan lugar en sus relaciones oficiales¹²⁵. De cualquier forma, poca aplicación habría de tener este precepto por el hecho de dejar en última instancia en manos del Gobierno su persecución¹²⁶. Respecto al art.331, establece una atenuación de la pena para aquellos casos en que la autoridad, agente o funcionario fuere lesionado (en el sentido de la Sección segunda) fuera de la provincia donde ejerza su cargo (párr.primer). Igualmente se establece tal atenuación para el caso en que el ofendido haya cesado en el cargo, siempre que lo hubiere sido con ocasión del ejercicio del mismo.

Se echa de menos dentro de estas disposiciones comunes algún precepto destinado a aclararnos qué ha de entenderse por autoridad a efectos penales, tal y como hacía el art.277 del CP 1870. Tal disposición habrá de buscarse en otro enclave sistemático, concretamente en el art.213 del Texto punitivo (dentro del último Título -V- del Libro Primero), recogiendo en el 214 el concepto de funcionario público¹²⁷.

existencia la condición de autoridad del ofendido, y que careciera de la misma el ofensor (JARAMILLO GARCÍA, A. Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870 (Vol. II), Libros II y III. (Arts.215 a 858). Salamanca, 1929, p. 68). Luego si no puede ser autoridad el ofensor para que haya desacato, difícilmente va a entrar en juego la agravación del art.330.

¹²⁴ Ibidem, cit., p. 68.

¹²⁵ Así como que no exista dependencia jerárquica entre sí y que pertenezcan a distintas esferas de la Administración -por ej. una sea autoridad civil y otra judicial- (CUELLO CALÓN, E. El nuevo Código..., cit., p. 119).

¹²⁶ Como pone de manifiesto JARAMILLO, muchas veces una advertencia o una destitución producen más efecto al bien público que una represión escandalosa (JARAMILLO GARCÍA, A. Novísimo Código..., cit., p. 68).

¹²⁷ Art.213.- “Para los efectos penales se reputará Autoridad quien, por sí solo, o como miembro de alguna corporación o Tribunal, ejerza jurisdicción propia. Se reputarán también Autoridades los funcionarios del Ministerio Fiscal. Se considerarán agentes de la Autoridad no sólo los funcionarios que con tal carácter dependan del Estado, de la Provincia o el Municipio, sino los de otras entidades que realicen o coadyuven a fines de aquéllos y los que tengan a su cargo alguna misión general o determinada y, en disposición reglamentaria o nombramiento expedido por Autoridad competente o delegado de ésta, se exprese el carácter de tal agente”. Art.214.- “A los mismos efectos, se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley, o por elección popular, o por nombramiento de Autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas”.

ni en escrito que se le dirija, la pena será de dos meses y un día a seis meses de prisión o destierro de seis meses a un año”.

¹²¹ Exigencia que verdaderamente sorprende, ya que la misma adquiere sentido cuando el escrito precisamente no está dirigido a la persona lesionada.

¹²² Ver supra.

¹²³ De cualquier forma, y con respecto a la Sección segunda que es la que nos interesa, se hace difícil llevar a la práctica la citada agravación, y ello porque la Jurisprudencia de la época venía entendiendo que entre autoridades no cabía desacato. Esto es, exigía para su

3. Código Penal de 1932

La ubicación de los delitos analizados es la misma que la del CP 1870¹²⁸, así como su estructura, espíritu y contenido. Así pues, el Capítulo V regulador “De los desacatos, insultos, injurias y amenazas a la autoridad, y de los insultos, injurias y amenazas a sus agentes y a los demás funcionarios públicos”¹²⁹, mantiene como únicas diferencias con respecto a la regulación reformada las siguientes:

- a) Varía la numeración de los artículos recogidos en el Capítulo V (arts.266 a 270 en el CP 1870 y arts.261 a 265 en el CP1932).
- b) El antiguo Ministro de la Corona es sustituido por el Ministro de la República en los arts.261-1º y 264, consecuencia lógica de la “republicanización”.
- c) Cambian las penas siguientes: la prisión correccional del Texto de 1870 es sustituida por prisión menor en el CP 1932 (arts.267 y 262 respectivamente); asimismo las multas son aumentadas.

Por lo demás la regulación del Texto republicano es idéntica a la del Código que ha tomado como base.

En lo que respecta a las “Disposiciones comunes a los tres capítulos anteriores”, recogidas en el Capítulo VII, son una exacta réplica de las contenidas en el Código modelo¹³⁰, si bien cambia igualmente la numeración, pasando a estar incluidas en los arts.270 a 272.

Por último mencionar que en la Exposición de Motivos del Código, en su Parte V referente a la Humanización y elasticidad del Código, se pone de manifiesto que se suprime la “...vieja agravante 16¹³¹, por estar embebida en la 15 (antes 20)¹³², puesto que ejecutar el hecho con desprecio o con ofensa de la Autoridad pública, vale tanto como cometerlo con ofensa del respeto que por su dignidad mereciere el ofendido, y cuando se trata de específicos delitos contra las Autoridades o funcionarios públicos, semejante cualidad ya se toma en cuenta al definirlos y penarlos...”.

¹²⁸ Siguen recogidos en el Capítulo V, del Título III dedicado a los “Delitos contra el orden público”. Este Título conserva la misma distribución que el CP 1870 (Cap.I “Rebelión”, Cap.II “Sedición”, III “Disposiciones comunes”, IV “De los atentados contra la autoridad y sus agentes, resistencia y desobediencia”, V “De los desacatos, insultos, injurias y amenazas a la autoridad, y de los insultos, injurias y amenazas a sus agentes y a los demás funcionarios públicos”, VI “Desórdenes públicos”, y VII “Disposiciones comunes a los tres capítulos anteriores”). Por su parte, los dos Títulos anteriores también regulan los mismos delitos, el I, los “Delitos contra la seguridad exterior del Estado” y el II, los “Delitos contra la Constitución”.

¹²⁹ Obsérvese como la rúbrica es la misma que la del Código de 1870.

¹³⁰ Como únicas y mínimas diferencias diremos que en el art.271 la inhabilitación impuesta es absoluta a diferencia del antiguo art.278 donde era absoluta temporal. Asimismo el art.272 in fine condena a confinamiento mientras al antiguo 279 lo hacía a confinamiento mayor.

¹³¹ Agravante 16º del Código de 1870.- “Ejecutarlo en desprecio ó con ofensa de la Autoridad pública”.

¹³² “Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada cuando no haya provocado el suceso”.

V. Su tratamiento en el Código Penal de 1944

Como consecuencia del régimen político instaurado en España tras la Guerra Civil (1939) se aprueba el CP de 1944 que, además de tener algunas reformas y modificaciones menores, se revisa en 1963 (Texto revisado de 1963) y nuevamente se reforma en 1973 (Texto refundido de 1973)¹³³. En todo momento se mantiene la misma regulación a los delitos en estudio.

Como únicas diferencias estructurales de dicha regulación en el CP 1944/1963/1973 con respecto al CP 1932 han de citarse las que se ciernen sobre el Título II del Libro Segundo. En particular, los anteriores Títulos II y III (delitos contra la Constitución y contra el orden público respectivamente) pasan a integrar uno sólo, el Título II, cuya denominación es “Delitos contra la seguridad interior del Estado”, que a su vez recoge determinados preceptos de la Ley de seguridad del Estado y de la de 19 de febrero de 1942¹³⁴. En consecuencia, los desacatos se encuentran dentro del mencionado Título II¹³⁵, en el Capítulo VIII¹³⁶ que lleva por rúbrica la de “De los desacatos, insultos, injurias y amenazas a la Autoridad, y de los insultos, injurias y amenazas a sus agentes y a los demás funcionarios públicos”¹³⁷ (art.240 a 245¹³⁸). En el Capítulo X se contiene la disposición común a los Capítulos anteriores, art.250, y por tanto al VIII.

La regulación legal que el Texto de 1944/1963/1973 otorga a los delitos de desacato, salvando las cuantías de las multas¹³⁹, es la misma que se ha mantenido vigente hasta su derogación en 1995¹⁴⁰. En particular, se tipifican las siguientes figuras: desacato a la autoridad en su presencia o en escrito que se le dirija (art. 240¹⁴¹); desacato entre

¹³³ El Texto Revisado de 1963 supuso una muy limitada reforma al texto original de 1944. Por su parte, el Texto Refundido de 1973, para algunos autores constituyó un nuevo Código en tanto para otros no fue sino una refundición del original (MORILLAS CUEVA, L. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal, 2ª edic., Madrid, 2010, pp. 173 y 174).

¹³⁴ Además de preceptos de otras como la de tenencia de armas o de terrorismo.

¹³⁵ Ya que en la regulación anterior se incardinaban dentro de los delitos contra el orden público desaparecidos en el Texto que se repasa.

¹³⁶ Pasa a integrar el número VIII debido a la refundición que supone el nuevo Título de lo que antes eran dos diferentes, así como de la adición de nuevos preceptos provenientes de otras leyes ya citadas. Tomando como referencia el anterior Título contenedor de los delitos contra el orden público, son nuevos, el I (“Delitos contra el Jefe del Estado, contra las Cortes,...”), el II (“De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos...”), el VII (“De las blasfemias”), el XI („De las propagandas ilegales”) y el XII (“De la tenencia y depósito de armas o municiones, y de los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos”). Se mantienen los tradicionales delitos contra el orden público en los números III (“Rebelión”), IV (“Sedición”), V (“Disposiciones comunes”), VI (“De los atentados contra la Autoridad,...”), el VIII (“De los desacatos,...”), IX (“De los desórdenes públicos”) y X (“Disposición común a los Capítulos anteriores”).

¹³⁷ Rúbrica que proviene del Código de 1870 y que se ha mantenido hasta nuestros días, exceptuando el Código de 1928.

¹³⁸ Pasando de cinco a seis el número de preceptos reguladores.

¹³⁹ Art.240 (de 1.000 a 5.000 ptas si la conducta es grave y si no lo es de 1.000 a 2.000 ptas); art.244 (de 1.000 a 10.000 ptas).

¹⁴⁰ Excepción hecha de la figura del art. 242, excluida de este estudio, que fue derogada por la Ley 3/1967, de 8 de abril.

¹⁴¹ Art. 240: “Cometen desacato los que, hallándose un Ministro o una Autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas,

funcionarios públicos (art. 241¹⁴²); provocación al duelo como amenaza grave (art. 243¹⁴³); desacato a la autoridad fuera de su presencia o en escrito que no estuviere a ella dirigido (art. 244¹⁴⁴) y desacato a funcionario público o agente de la autoridad (art. 245¹⁴⁵)¹⁴⁶.

Por su parte, los conceptos penales de autoridad y funcionario público (no así el de agente de la autoridad respecto del que no se acuña un concepto legal) se incluyen en el art. 119¹⁴⁷.

Las notas más destacadas de esta regulación legal, que la diferencian de la contenida en el Código de 1932 que le precede son las siguientes:

- a) Se suprime la referencia a que se trate de Ministros de la República.
- b) Situa las amenazas a continuación de los demás me-

dios enumerados (con lo que ello supone de cara a la exigencia de los requisitos de presencia o escrito dirigido)¹⁴⁸.

c) La graduación de la gravedad de las conductas constitutivas de desacato se incluye en un párrafo dentro del art.240, marginando la técnica de utilizar para ello un artículo independiente¹⁴⁹.

d) Se reforma el desacato del funcionario hacia la autoridad (párrafo tercero del art. 240) disponiendo para tales supuestos una agravación de la pena que constituye una novedad¹⁵⁰.

e) Se incluye por vez primera la figura del art.241 (desacato entre funcionarios).

f) Se introduce la pena de multa junto a la privativa de libertad en el art.244.

VI. Refomas posteriores de los delitos de desacato

Como ya se ha puesto de manifiesto, la regulación contenida en los arts.240 a 245 en su núcleo esencial no ha sido alterada. Sólo dos preceptos han sufrido variaciones de relieve, los artículos 242 y 243¹⁵¹, habiéndose visto afectados los demás únicamente por modificaciones en las cuantías de las multas.

El art.243 (provocación al duelo) se ha mantenido fiel a la redacción del Texto de 1944 hasta la reforma operada por la L.O. 3/1989, de 21 de junio de Actualización del Código Penal, cuyo artículo 3º lo dejó sin contenido. Como pone de manifiesto MUÑOZ CONDE, el precepto pretendía evitar la conducta de retar a los políticos y autoridades a un duelo que, en caso de no ser aceptado, dejaba al retado como un auténtico cobarde y por tanto deshonrado. Según este autor, la práctica desaparición de este tipo de hechos "hace innecesaria una declaración de esta índole que, sin pena ni gloria, desaparece ahora de nuestra legislación penal"¹⁵². En el mismo sentido BOIX manifiesta que ha sido esta una "supresión unánimemente reclamada por la doctrina, habida cuenta del absurdo que suponía la pervivencia de semejante precepto en un moderno Código penal"¹⁵³.

los calumniaren, injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho o de palabra, en su presencia o en escrito que les dirijan. Si la calumnia, la injuria, el insulto o la amenaza fueren graves, se impondrán las penas de prisión menor y multa de 1000 a 5000 pesetas, y si no lo fueren, las de arresto mayor y multa de 1000 a 2000 pesetas. Si el culpable fuere funcionario público, jerárquicamente subordinado al ofendido, se le impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo anterior, y si no existiera subordinación jerárquica, se impondrán en su grado máximo aquellas penas".

¹⁴² Art. 241: "El funcionario público que, hallándose su superior jerárquico en el ejercicio de su cargo, lo calumniare, injuriare, insultare o amenazare de hecho o de palabra en su presencia o en escrito que le dirija, será castigado con la pena de prisión menor, si la calumnia, insulto, injuria o amenaza fueren graves y con la de arresto mayor si no lo fueren. Si el funcionario culpable no estuviere subordinado jerárquicamente al ofendido, se impondrán en su grado mínimo las penas señaladas en el párrafo anterior".

¹⁴³ Art. 243: "La provocación al duelo aunque sea embozada o con apariencia de privada, se reputará amenaza grave para los efectos de este capítulo".

¹⁴⁴ Art. 244: "Los que, hallándose un Ministro o una Autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, los calumniaren, injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho o de palabra, fuera de su presencia o en escrito que no estuviese a ellos dirigido, serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 1000 a 10000 pesetas".

¹⁴⁵ Art. 245: "Se impondrá la pena de arresto mayor a los que injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho o de palabra a los funcionarios públicos o a los agentes de la autoridad en su presencia o en escrito que les dirigieren".

¹⁴⁶ De la enumeración se excluye la referencia al art. 242 por tipificar una figura que propiamente queda fuera del ámbito de los delitos de desacato: delito de injurias y amenazas a los Ejércitos. Se trata de un delito extraño al resto de los que se recogen en el citado Capítulo VIII. Todos ellos mantienen una estructura típica muy similar: el sujeto pasivo es una persona física (autoridad, agente o funcionario público), las conductas típicas son idénticas (calumniar, injuriar, insultar o amenazar), y han de ser realizadas bajo unas determinadas condiciones que resultan claramente precisadas (durante el ejercicio de las funciones del sujeto pasivo o en su ocasión; en su presencia o fuera de ella, o en escrito dirigido o no al mismo). El tipo recogido en el art.242 tiene por sujeto pasivo a los Ejércitos o a sus instituciones, armas, clases o cuerpos determinados, la conducta se limita a injuriar y amenazar (aunque resulta incomprensible cómo puede amenazarse a los Ejércitos) y por razones obvias no se exigen particulares circunstancias para su ejecución.

¹⁴⁷ Art. 119: "A los efectos penales, se reputará Autoridad al que por sí solo o como individuo de alguna Corporación o Tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia. Se reputarán también autoridades los funcionarios del Ministerio Fiscal. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas".

¹⁴⁸ Recordemos que tanto el Código de 1932 como su inmediata fuente, el de 1870, situaban la conducta de amenazar al final del precepto, lo cual implicaba para la doctrina que en tal caso no era necesario que la misma fuera proferida en presencia del sujeto pasivo, ni en escrito al mismo dirigido, esto es, la amenaza contra un Ministro o Autoridad, se ejecutase como se ejecutase (en su presencia o fuera, en escrito dirigido o no), era siempre constitutiva de desacato.

¹⁴⁹ Anteriormente se distinguía entre calumnia... "grave" o "menos grave". En el nuevo párrafo segundo del art.240 se diferencia entre conductas que sean "graves" y las que no lo sean.

¹⁵⁰ En los Textos anteriores se recogía tal figura del desacato del funcionario pero no se establecía diferencia alguna de penalidad con respecto al desacato genérico, lo cual determinaba la inutilidad práctica de la misma (sin su existencia tales supuestos podían haber sido subsumidos en el delito básico de desacato).

¹⁵¹ El art. 242, como ya se ha dejado sentado, no puede considerarse propiamente delito de desacato.

¹⁵² En MUÑOZ CONDE, F. (coordinador); BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y GARCÍA ARAN, M. La reforma penal de 1989. Madrid, 1989, pp. 72 y 73.

¹⁵³ En BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; VIVES ANTÓN, T.S. La reforma penal de 1989. Valencia, 1989, p. 56.

VII. La despenalización de los Delitos de desacato en el vigente Código Penal español de 1995: claves para su desaparición

Para comprender la peculiar esencia de los delitos de desacato y las razones que han llevado a su eliminación en el vigente Código Penal español de 1995, es imprescindible esbozar unas breves pinceladas acerca de cómo quedaban tipificados los mismos en el Texto Penal que se mantuvo vigente hasta 1996 (CP de 1944 en su Texto refundido de 1973¹⁵⁴), recordar cuál fue su origen y revisar cómo ha sido su aplicación. Sólo teniendo esta visión global es posible deducir las razones que han llevado al legislador a derogarlos.

El verbo desacatar se compone de dos vocablos diferenciados: “des” es un prefijo que denota negación y “acatar” significa tributar homenaje de sumisión y respeto. En consecuencia, vulgarmente hablando la acción de desacatar puede ser definida como “faltar a la reverencia o respeto que se debe a uno”.

Desde un punto de vista penal, en su sentido más estricto, se cometía desacato cuando se calumniaba, injuriaba, insultaba o amenazaba a una autoridad en determinadas circunstancias. Por una parte, era necesario que esa autoridad fuera ofendida o amenazada, bien cuando estuviera ejerciendo sus funciones, bien como consecuencia de las mismas (“...con ocasión de ellas...” decía el art. 240) y, por otra, era imprescindible que tales ofensas o amenazas fueran vertidas a la autoridad o en su presencia (delante suya) o en escrito dirigido a la misma.

Técnicamente hablando, sólo este comportamiento se podía denominar con toda propiedad delito de desacato. Ello no obstante, a continuación se tipificaron en el Código Penal otra serie de delitos que, de forma usual, recibieron también esa denominación. Todos ellos estaban recogidos en el mismo Capítulo del Código y presididos por el mismo espíritu. Concretamente, se trataba de los delitos previstos en los arts. 244 y 245.

El delito del art.245 era idéntico al del art. 240, con la única diferencia de que el sujeto al que se dirigían las ofensas o amenazas no era una autoridad sino un funcionario público o un agente de la autoridad (distinción innecesaria puesto que los agentes de la autoridad son también funcionarios públicos a efectos penales). La figura del art.244 también era igual a la contenida en el art.240, incluso en lo que se refiere al sujeto al que se ofende o amenaza que sigue siendo una autoridad. La diferencia radicaba en que, en este caso, tales ofensas o amenazas debían ser realizadas fuera de la presencia de la autoridad o en escrito no dirigido a la misma.

En conclusión, en sentido estricto, desacato era únicamente el que tenía como sujeto pasivo a la autoridad y sólo en aquellos casos en que la conducta ofensiva o amenazadora se realizaba en su presencia o en escrito dirigido a ella. Desacato, por tanto, era sólo el delito del art.240.

Faltando la condición de autoridad del sujeto afectado o el requisito de la presencia o el escrito dirigido, la conducta dejaba de ser desacato. Fallaba la condición de autoridad si los sujetos ofendidos eran funcionarios o agentes (art.245: desacato impropio por los sujetos). Se incumplía el requisito de la presencia o escrito dirigido, si la conducta se realizaba fuera de la presencia de la autoridad o en escrito no dirigido a ella (art.244: desacato impropio por las condiciones).

Pero aunque esta era la interpretación correcta, se extendió la terminología de desacato (tanto por la Doctrina como por la Jurisprudencia) a ambos supuestos (sobre todo al del 244). Así pues, terminaron recibiendo la denominación de desacato todas las figuras antes mencionadas. Por tal razón la referencia genérica al desacato o delitos de desacato se entiende realizada a ese conjunto de conductas.

Hay que advertir, sin embargo, que las figuras penales de desacato no eran tan simples como se acaban de dibujar, ya que al margen de las referidas, que son el núcleo, existían subfiguras dentro de ellas que giraban en torno a circunstancias tales como la condición de funcionario público del autor de las ofensas o amenazas o la jerarquía existente entre sujeto activo y pasivo.

Trazada sintéticamente la configuración de los desacatos en el Código Penal, corresponde ahora tratar de esclarecer las razones de su desaparición y, aunque resulte paradójico, la respuesta se encuentra en su propio origen histórico. Dicho origen histórico es el que va a poner de manifiesto su particular naturaleza y va a dar las claves de su despenalización.

Como se ha expuesto con anterioridad, los desacatos vieron la luz en la Reforma del Código Penal de 1850. Recordemos que fue un episodio protagonizado por el General Narváez¹⁵⁵ el que hizo que se tipificaran por primera vez estas conductas dado que éste consideró que las ofensas dirigidas contra él en su calidad de Jefe de Gobierno no debían ser calificadas como un delito común de injurias, sino que merecían ser reguladas de forma específica y cualificada debido a su carácter público.

Parece ser, incluso, que fue el deseo del General Narváez de incluir el desacato en el Texto punitivo lo que dio lugar a que se emprendiera una reforma completa del mismo: la Reforma de 1850. En relación a esta cuestión fueron muchas las reflexiones efectuadas por los Comentaristas de la época¹⁵⁶ que ponen de manifiesto el carácter netamente autoritario que presidió el nacimiento de los desacatos.

Con ligeras modificaciones los delitos de desacato han llegado hasta el año 1995 en que se aprueba el nuevo CP pasando casi sin inmutarse por Códigos Penales de todos los signos políticos (autoritarios, liberales, republicanos...), lo que no deja de sorprender, máxime si se tiene en cuenta que, siendo delitos nacidos de una Dictadura, han logrado coexistir con una Constitución democrática durante sus últimos 18 años de vida. Y no es

¹⁵⁴ Todas las referencias que a partir de este momento se realicen a algún precepto del Código Penal, se entienden efectuadas a dicho CP de 1944, Texto refundido de 1973 (arts. 240 a 245 cuyo texto literal se facilita supra).

¹⁵⁵ Véase supra.

¹⁵⁶ Véase supra.

sólo que nacieron con una Dictadura, sino que precisamente fue durante otra Dictadura diferente, la del General Franco, cuando mayor y más dura aplicación tuvieron, ya que se convirtieron en uno de los instrumentos clave para fortalecer las relaciones de obediencia respecto del cuerpo elitista de las autoridades, y ello porque aunque se patrocinaba que el bien jurídico tutelado por los mismos era el principio de autoridad, realmente se castigaba por desacato aun cuando tal principio no se viera conculcado, esto es, se castigaba por desacato con la sola ofensa o amenaza a la persona que encarnaba la autoridad, sin comprobar que de forma efectiva se hubiera visto afectada su dimensión pública.

En particular, a los Tribunales les bastaba comprobar que, por ej., se había lesionado el honor de un Alcalde o un Juez para, automáticamente, calificar la conducta de desacato, sin importar lo más mínimo si la actividad pública desarrollada por esa autoridad se había visto o no menoscabada. Y con tal práctica judicial, lo que se consiguió fue: por una parte, superproteger a determinados sujetos en atención a su cualidad pública; y por otra, fortalecer las relaciones de obediencia respecto del cuerpo de autoridades.

En definitiva, el nacimiento de los desacatos en 1850 fue netamente autoritario; durante el transcurso de los años los delitos de desacato han seguido vigentes en los distintos Códigos Penales con muy ligeras modificaciones; y durante la Dictadura de Franco alcanzaron su máximo esplendor dado que fue cuando más veces se aplicaron y con un mayor rigor.

Pues bien, los mismos delitos que se aplicaron en la época franquista fueron los que España heredó en 1978 cuando se aprobó la Constitución y han sido los que han permanecido en vigor hasta mayo de 1996 (en que entró en vigor el CP de 1995). A finales de los años 70, se esperaba que, entre las reformas penales que iba a desencadenar el cambio constitucional, estuviera la de los delitos de desacato, bien para hacerlos desaparecer o, al menos, para adaptarlos al nuevo modelo democrático implantado. Y se esperaba tal reforma porque con la Constitución en la mano, la superprotección de determinadas personas en virtud de su "dignidad funcional" era intolerable. Dicho de otra forma, en una sociedad democrática,

los desacatos eran una lacra que colisionaba con los pilares fundamentales que sustentan su modelo jurídico, debido fundamentalmente a la interpretación y aplicación que durante la época franquista se había hecho de los mismos, que había derivado hacia la protección más estricta del principio de autoridad y de las personas que lo detentaban, resultando irrelevante lo que verdaderamente daba sentido a su existencia: que la actividad pública se viera afectada por la conducta delictiva.

Pero dado que tras la aprobación de la Constitución de 1978, los desacatos permanecieron en el Código Penal durante 18 años más, la única salida posible era tratar de adaptar tan obsoleta regulación a la sociedad democrática en que debían ser aplicados. En esta línea, desarrollamos en 1992 una re-interpretación jurídica que los alejaba de sus tintes autoritarios y posibilitaba su acercamiento al nuevo modelo implantado. Entre otras muchas propuestas, por ejemplo, se rechazó como bien jurídico protegido el principio de autoridad, patrocinando que el mismo fuera entendido en una doble dimensión privada (honor o libertad y seguridad de la autoridad o funcionario) y pública (el buen funcionamiento de las instituciones democráticas del Estado). Con esta consideración pluriofensiva del bien jurídico, la existencia del desacato exigía la afectación de ambas dimensiones, no bastando nunca el simple ataque a la vertiente privada que era lo que, de hecho, únicamente habían venido exigiendo los Tribunales¹⁵⁷.

Como ya ha sido indicado, la reforma postconstitucional nunca tuvo lugar sino que fue el nuevo C.P. de 1995 el que emprendió la tarea que se llevaba esperando tanto tiempo: eliminar los desacatos de su catálogo de delitos. Destacar por último que el legislador no siempre tuvo clara la conveniencia de despenalizar estas figuras delictivas, puesto que, en el período transcurrido entre 1978 y 1995, todos los Proyectos y Propuestas de Código Penal que se han sucedido los han seguido manteniendo en su articulado (Proyecto de 1980, Propuesta de Anteproyecto 1983 e incluso el Proyecto de 1992 -antecedente inmediato del C.P. vigente de 1995-).

¹⁵⁷ En este sentido, véase JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. Los delitos de desacato en el Código Penal español, Madrid, 1992. En particular pp. 708 y ss.

Rapport de synthèse: Einige Überlegungen zur Strafrechtsgeschichte im 21. Jahrhundert.

Lukas Gschwend

Die Geschichte des Strafrechts verfügt in der Europäischen Forschungstradition über weit zurückreichende Wurzeln, obgleich sie bis in die Nachkriegszeit hinein insbesondere in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft nicht aus dem langen Schatten der in Lehre und Forschung prioritären romanistisch-privatrechtlich geprägten Perspektive hinauszutreten vermochte. Dennoch

finden sich auch in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft seit dem frühen 19. Jahrhundert verschiedentlich wissenschaftliche Abhandlungen zur Entwicklung v.a. des Strafverfahrensrechts. Die prozessrechtliche Orientierung ist noch ausgeprägter in der französischen und englischsprachigen Historiographie zum Strafrecht. In den vergangenen Jahrzehnten liessen sich einige internatio-

nale Forschungsschwerpunkte zur Strafrechtsgeschichte beobachten, so etwa die Bereiche Hexenprozesse/Inquisitionsverfahren, Konfliktbereinigung/Institutionalisierung, Überwachen/Polizei oder Strafvollzug/Gefängniswesen. Die jüngste Entwicklung, welche dieses Heft mit einer repräsentativen Auswahl widerspiegelt, macht deutlich, dass sich die thematischen Brennpunkte jedenfalls teilweise verlagert, Interesse und Stellenwert der Strafrechtsgeschichte tendenziell zugenommen haben, und die transdisziplinäre Perspektive, wie sie in der französischen und englischsprachigen Wissenschaftstradition seit längerer Zeit gepflegt wird, allmählich zu einem europäischen Trend innerhalb der Strafrechts- und Kriminalitätsgeschichte wird. Die Fallperspektive scheint wieder an Gewicht zu gewinnen. Auch fällt auf, dass der Blickwinkel zunehmend zeitgeschichtliche Dimensionen beschlägt.

Xavier Rousseaux skizziert in seinem Beitrag *Histoire du crime et de la justice criminelle en Europe* einen pointierten Abriss der Geschichte von Kriminalität, Strafe und Justiz als *histoire de longue durée* aus einer westeuropäischen, wissenschaftshistorischen Perspektive und liefert eine wertvolle Bibliographie der neuesten Entwicklung. Der Schwerpunkt der Betrachtung liegt im Zeitraum seit der Aufklärung. Wesentliche Stationen sind die Herausschälung der Justiz aus dem Korsett der absolutistischen Herrschaft sowie der Aufbau eines Polizeiapparates, der Herrschaft als faktische Gestaltungsmacht erst richtig möglich machte. Die Entstehung differenzierter, wissenschaftlich ausgerüsteter Polizeiorganisationen im Dienste nationaler Herrschaft, operativ jedoch international vernetzt, ermöglichte eine viel effektivere Umsetzung des Strafrechts. Dieses mutierte dadurch vom Ordnungsprogramm zunehmend zum in die individuelle Freiheit oft massiv einschneidenden Disziplinierungsinstrument, was wiederum die Rolle der Justiz im Spannungsfeld von Staat und Gesellschaft herausforderte. Das Verfahrensrecht geriet in die heute bekannten Zielkonflikte. Es soll eine wirksame Überwachung und Verfolgung gleichermassen ermöglichen, wie es vor ungerechtfertigter Überwachung und Verfolgung schützen soll. In Kriegs- und Krisenzeiten gelang es meist nicht, diese Balance zu wahren. Nicht nur die Verfolgung, sondern auch der Strafvollzug bewegte sich tatsächlich oft ausserhalb des Rechts. Das Strafrecht als schärfste Waffe des Staates wurde häufig zum Terrorinstrument gegen Andersdenkende und unerwünschte Minderheiten. Dies wurde namentlich auch nicht durch die seit dem 19. Jahrhundert zu beobachtende fachübergreifende Verwissenschaftlichung des Strafrechts verhindert. Obschon in prozessualer und verfassungsrechtlicher Hinsicht wirksame Schranken gegen den willkürlichen Missbrauch des Strafrechts errichtet wurden, stellt sich auch heute die Frage, ob die Gesetzgeber in Europa angesichts der ständigen Ausdehnung strafbarer Verhaltensweisen bei gleichzeitiger Deregulierung von Wettbewerb und Güterverteilung das Strafrecht als Instrument der sozialen Steuerung und Gesellschaftsgestaltung in einem historisch reflektierten Sinn verstehen.

Die beiden spanischen Beiträge *Los Delitos de Descato en los Códigos penales históricos: Claves para su Despenalización en el vigente Código Penal Español de 1995* von María José Jiménez Díaz und *Una Institución medieval de posible Origen germánico para la Resolución de la Querrela por Rapto: El Medianedo en los Fueros municipales* von Yolanda Quesada Morillas deuten auf die thematische und diachrone Spannweite aktueller strafrechtshistorischer Forschung in Spanien.

Im letztgenannten Beitrag wird das Delikt des „Frauenraubes“ im Mittelalter untersucht. Man braucht nicht bis in die Gründungsgeschichte Roms zurückzublicken, um das Phänomen des Frauenraubs, das mit dem modernen Tatbestand des Menschenhandels nichts zu tun hat, anzutreffen. Traditionalistische, patriarchale Gesellschaften räumten den Familienvätern erheblichen Einfluss auf die Verehelichung ihrer Kinder ein. Das Erzwingen einer anderen, unerwünschten Verbindung durch die Kinder selbst wurde dann zum Frauenraub, was auch erklärt, weshalb dieser oft keineswegs drastisch bestraft wurde. So kannten einige spanische Lokalrechte das Verfahren des „medianedo“, das dem möglichen Einverständnis der Geraubten Rechnung tragen sollte. Dieses rechtshistorisch teilweise neu erforschte Verfahren mag als Beispiel dafür dienen, dass patriarchalische Kulturen komplexer und ambivalenter funktionieren, als die gängigen Stereotypen suggerieren, agieren doch Männer rollenspezifisch ganz unterschiedlich, je nachdem ob sie als Freier, Ehemann, Bruder, Sohn oder Vater auftreten.

María José Jiménez Díaz untersucht, weshalb der spanische Gesetzgeber 1995 die traditionsreichen Delikte der Missachtung aus dem Strafgesetzbuch entfernte. Diese finden sich seit 1822 in mehreren spanischen Strafgesetzbüchern des 19. und 20. Jahrhunderts und folgen genealogisch aus dem seit der Antike bekannten *crimen laesae maiestatis*, das regelmässig mit Kapitalstrafen bedroht war. Das während der Restaurationsepoche in das 19. Jahrhundert hineinschwappende absolutistische Herrschaftsverständnis mass diesem Delikt grosse Bedeutung zu und noch die Franco-Diktatur dachte nicht daran, sich dieses Instruments zu entledigen. Die Ausgestaltung der Deliktsart ist spezifisch in der spanischen Strafgesetzgebung zu finden. Von der ursprünglichen „Beleidigung der Monarchie“ folgte eine Erweiterung des Tatbestandes auf Missachtungsfälle gegen die Gesellschaft, woraus eine weitgefaste, dehnbare Regelung zum Schutz der öffentlichen Ordnung entstand. Die Entfernung der Bestimmungen aus dem Strafgesetzbuch erscheint daher als konsequenter Befreiungsschritt auf dem Weg in eine liberale, demokratische Gesellschaft. Ungehorsam gegen behördliche Anordnungen ist auch heute noch vielerorts strafbar, wenn auch nicht mehr Gegenstand des eigentlichen Kriminalstrafrechts. An dieser Stelle sei daran erinnert, dass vielerorts in Europa bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts Ungehorsamsstrafen in Strafverfahren als Foltersurrogate gegen renitente Angeschuldigte eingesetzt wurden.

In einer eindrücklichen Studie über die Kettenstrafe im Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813 bringt Daniela

Kraus Licht in die Wirklichkeit einer qualifizierten Strafe und ihres Vollzugs, die nach Inkrafttreten des von Paul Johann Anselm von Feuerbach massgeblich geprägten Bayerischen Strafgesetzbuches gleichermassen als harte wie auch als moderne, jedenfalls mit den Grundsätzen der Aufklärung kompatible Strafsanktion verstanden wurde. Als lebenslange Freiheitsstrafe mit harter Zwangsarbeit und Verlust der bürgerlichen Rechtspersönlichkeit trug sie noch immer die Züge einer Körperstrafe. Dennoch machte sie die Zurückdrängung der Todesstrafe und die Verdrängung der alten Körperstrafen möglich. Die Kettenstrafe ist kein bayerisches Unikum, sondern findet sich auch in anderen deutschen Strafgesetzbüchern sowie u.a. auch im französischen *code pénal* von 1810. Bemerkenswert ist indessen die grosse Härte in der Ausgestaltung dieser unbefristeten Freiheitsstrafe im bayerischen Strafgesetzbuch. Sie war anwendbar bei Kapitaldelikten, deren Todeswürdigkeit nicht offensichtlich war, wenn bei einem mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen kein Tatzeugenbeweis und auch kein Geständnis vorlagen oder falls gewisse Persönlichkeitsmerkmale des Täters eine ausserordentliche Milderung bzw. eine Begnadigung begründeten. Es erinnern die Gründe durchaus noch an die Praxis der *poena extraordinaria* des gemeinrechtlichen Strafprozesses. Die besondere Härte der Strafe war in Feuerbachs Theorie vom psychologischen Zwang begründet. Wie die Autorin aufzeigt, scheint jedoch diese rigorose Strafpraxis nicht auf eine systematische physische Vernichtung der Verurteilten im Sinne einer Todesstrafe auf Raten hinausgelaufen zu sein, wie dies Foucault und seine Adepten anzunehmen geneigt sind. Die Lebenserwartung der Insassen war jedenfalls gemessen am setting erstaunlich hoch.

Eine transdisziplinäre Kriminalfallanalyse im Schnittfeld von Rechts-, Sozial- und Wirtschaftswissenschaften legt Urs Hausmann mit seiner Studie über einen Mordfall in der Ostschweiz aus den 1920er Jahren vor. Zwar verfügt die rechtshistorische Kriminalfallanalyse in der umfangreichen Pitaval-Literatur des 19. Jahrhunderts über lange Kontinuitätslinien, doch unterscheidet sich der neue rechtshistorische Blickwinkel auf historische Kriminalfälle in mancherlei Hinsicht, insbesondere auch im Hinblick auf Forschungsfragen, Erkenntnisziel und Methode von den Vorläufern. Die transdisziplinäre Kriminalfallanalyse ist keine case study, deren Anwendung sich auf Lehrbeispiele für Justizakteure und Jura-Studierende beschränkt. Vielmehr geht es darum einen Kriminalfall und die juristischen Konsequenzen als historisches Ereignis quellenkritisch und integrativ zu beleuchten und qualitativ zu verstehen. Dies setzt voraus, dass die historischen Ereignisse nicht nur vor der strafrechtlichen und prozessualen Kulisse beleuchtet, sondern auch die sozio-ökonomischen, medizinischen, psychologischen, soziologischen, statistischen und kriminologischen sowie die politischen, allenfalls auch system- und institutionstheoretischen Aspekte sowie alle Narrativebenen einbezogen werden. Hausmann, selbst Nationalökonom und Jurist, geht soweit, dass er sogar Aussagen aus den Verhören sprachgeschichtlich einer kritischen Analyse unterzieht. Die Kriminalfallakte als hochwertige rechtshistorische

Quelle dürfte inskünftig noch vermehrt Gegenstand transdisziplinärer Forschung werden. Es bleibt zu hoffen, dass die Rechtswissenschaft die Deutungshoheit in diesem Fachbereich der Strafrechtsgeschichte massgeblich mitprägen wird.

Carolyn Stenz befasst sich vor der Fragestellung einer Demokratisierung und Liberalisierung des Strafprozesses mit dem Lügendetektor, dem Entlastungsbeweis und der Reform des Strafverfahrensrechts unter besonderer Berücksichtigung des Zeitraumes von 1975 bis 1983. Der Aufsatz darf als Indikator dienen, um die grosse Vielfalt juristisch-zeitgeschichtlicher Themen aufzuzeigen, die – mitunter noch gar nicht als solche identifiziert – einer kritischen Reflexion harren. Während der Lügendetektor als probates Beweismittel in den USA kurz nach dem Zweiten Weltkrieg allgemeine Anerkennung findet, verschliesst sich die Nachkriegsjurisprudenz in Deutschland dieser Neuerung vollständig. Dies ist nicht ohne weiteres nachvollziehbar, zumal Lügendetektoren, wie bei Experimenten immer wieder aufs Neue eindrucksvoll demonstriert werden kann, durchaus zuverlässige Ergebnisse produzieren. Es ist daher erstaunlich, dass diese im deutschsprachigen Raum und in grossen Teilen Europas auch zur Gewinnung von Entlastungsbeweisen nie zulässig waren, obschon zufolge des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung das Gericht in seinem Ermessensspielraum bei der Bewertung derart gewonnener Entlastungsbeweise grundsätzlich nicht eingeschränkt worden wäre. Ob tatsächlich Vorbehalte gegen eine importierte Demokratisierung der Justiz hier federführend waren oder ob eine allgemeine Technologieskepsis in der europäischen Justiz dafür den Ausschlag gab, mag dahingestellt bleiben. Der durch Art. 1 und 2 GG weit gezogene Schutzbereich der individuellen Persönlichkeit versteht sich als liberale Errungenschaft. Dass deswegen den normativen Bemühungen zum Schutz der individuellen Freiheit, in die nicht mit elektronischer Analysetechnologie eingedrungen werden soll, gerade deswegen ein Entlastungsinstrument vorbehalten bleiben soll, scheint widersprüchlich.

Arnd Koch und Julia Siebenhüter befassen sich mit einem schwierigen Kapitel der westdeutschen Nachkriegsjustiz im Zusammenhang mit der gerichtlichen Behandlung der sog. „Penzberger Mordnacht“ vom 28./29. April 1945. Damals wurden in der bayerischen Bergwerksstadt Penzberg von SS- und Werwolf-Angehörigen sechzehn einheimische Sozialisten und Kommunisten im Rahmen einer ungesetzlichen, jedoch mit dem Gauleiter abgesprochenen und von ihm befohlenen Bestrafungsaktion hingerichtet. Es handelt sich retrospektiv um typische Endphasenverbrechen, wie sie beim Zusammenbruch totalitärer Regimes vielerorts beobachtet werden können. Die deutsche Nachkriegsjustiz hat sich, teilweise im Auftrag und unterstützt von den Alliierten, mit vielen dieser Delikte befasst. Meist handelte es sich bei der Tat handlung um die Hinrichtung von Personen, denen Wehrkraftzersetzung vorgeworfen wurde. Die Autoren zeigen auf, wie die Justiz sich sehr eingehend und ernsthaft mit den schweren Delikten in Penzberg befasste – und in erster Instanz zu relativ harten Urteilen gelangte,

die den Vorwürfen und im Hinblick auf die damaligen Gepflogenheiten durchaus entsprechen. Der Gang durch die Rechtsmittelinstanzen führte dann jedoch zum Ergebnis, dass die Strafzumessung eine geradezu verstörend tiefgreifende Erosion erfuhr – und letztlich durch dogmatische Umdeutungen und beweisrechtliche Neubeurteilungen Freisprüche und teilweise ausgesprochen milde Strafen resultierten. Bemerkenswerterweise erwiesen sich auch die Geschworenengerichte, die in Bayern gerade verhindern sollten, dass justizinterne Solidarität NS-Täter schützen konnte, anfällig für die sog. Schlussstrichmentalität. Milde erscheint nach einer Epoche traumatisierender Härte in verführerischem Glanz. Die juristische Abrechnung mit den Verbrechern eines gestürzten Regimes überfordert die moderne Justiz. Nur schon das Instrumentarium des Strafrechts ist meistens ungeeignet, um solche Straftaten zweckmässig zu sanktionieren. So verfolgen die meisten Strafgesetzbücher seit dem frühen 20. Jahrhundert die Resozialisierung als spezialpräventives Hauptziel der Strafe. Gerade darum wird es bei vielen dieser Endphasenverbrechen aber gerade nicht gehen können, weil kein Bedarf für Resozialisierung besteht. Dieser Herausforderung sieht sich etwa auch der Internationale Strafgerichtshof (ICC) in Den Haag gegenübergestellt.

Christiane Grieb's Untersuchung befasst sich ebenfalls mit Naziverbrechen. Allerdings zeigt sie eine in der öffentlichen Wahrnehmung bis heute weniger prominente Seite der Nachkriegsjustiz. Der Aufsatz beleuchtet die Bemühungen der amerikanischen Justiz, deutsche Kriegsverbrechen zu ermitteln und Prozesse vorzubereiten. Der Mittelbau-Dora-Prozess wurde parallel zu den Nürnberger Kriegsverbrecherprozessen geführt. Ob schon es sich beim Konzentrationslager (KZ) Mittelbau-

Dora um eine Aussenstelle des KZ Buchenwald handelte und dort zwischen 1943 und 1945 etwas 20'000 Zwangsarbeiter durch die katastrophalen Arbeits- und Lebensbedingungen zu Tode kamen, wurden abgesehen von ganz wenigen Hauptverantwortlichen namentlich die involvierten Wissenschaftler von der alliierten Kriegsverbrecherjustiz verschont. Da Mittelbau-Dora nicht nur ein KZ war, sondern als monumentale Produktionsstätte für den Bau modernster deutscher Waffentechnologie (V1, V2) genutzt wurde, bestand an der Aufklärung der dortigen Aktivitäten nicht nur ein justizielles, sondern auch ein militärisches Interesse. Letzteres stand in einem gewissen Widerspruch zum Bedürfnis nach strafrechtlicher Aufklärung. Insbesondere erkannten US-Nachrichtendienste im Zeichen des drohenden Kalten Krieges ein dringendes nationales Interesse an der Sicherstellung dieses waffentechnologischen Know Hows. Breit angelegte Ermittlungen waren daher unerwünscht, weshalb im Interesse der nationalen Sicherheit der USA Wissenschaftler, wie Wernher von Braun, welche das ihre dazu beigetragen hatten, dass Waffen von grösstem Zerstörungspotenzial gegen zivile Ziele unter absolut menschenverachtenden Produktionsbedingungen hergestellt werden konnten, sich nie vor einem Gericht für diese Taten zu verantworten hatten. Man braucht nicht in die fernsten Tage Friedrichs des Grossen von Preussen zurückzublicken, um Beispiele zu finden, wo die Gewaltenteilung und die Unabhängigkeit der Justiz durch übergeordnete Interessen durchbrochen werden. Wenn dringende nationale Interessen auf dem Spiel stehen, kann die Justiz in ihrem Spielraum eingeschränkt werden. Unter solchen Umständen ist es wohl nichts als konsequent, dass die Justitia nicht nur die Augen, sondern auch Ohren und Mund verschliesst.

Under Pressure: Law Schools and Legal Education

Heikki Pihlajamäki

I. Introduction: Trends, Pressures, Changes

Making new friends among colleagues is easy if one starts by condemning all recent developments in law teaching as fashions. Such trends ought to be looked upon with disdain, much in the same vein as all new administrative trends and reforms at universities. Pedagogy is really not seen as very different from internationalization, the increased use of the English language, "publish or perish," or compiling statistics on how many hours one uses on various work-related activities. For some, everything coming "from above" is seen as dictatorial threats to academic freedom and, hence, abominations that should be condemned as part of the same package.

And yet, these trends are not all part of the same package. Some are likely to bring beneficial results to the academic community, such as favouring internationalization over purely domestic undertakings. For small

countries, internationalization is an academic sine qua non if they are to survive in the competition. And make no mistake: big countries are no different, although they may be able to keep their domestic dreams alive somewhat longer.

Other academic fashions are not as beneficial, such as the marking of one's working hours on a sheet of paper every day as is done in some academic institutions (luckily not mine); and some clearly divide the academic community, such as the increased centralization of academic power (for instance in Finland and Denmark). If something has come to stay in academic life, it is change.

In this essay, I do not offer a general pro et contra argument favouring some the changes in academic life while condemning others. Instead, this article is about a particular change, which has also come to law faculties from the outside and which is clearly forced on us by the aca-

demic leadership, from ministries of education and other sources. This change is also clearly an academic fashion. All this fortunately, I would say. I am talking about university pedagogy.

I think it is time we abandon traditional methods of teaching law, once and for all. By traditional methods of teaching law I mean the time-honoured mass lectures, where the professor talks and the students listen. An important part of the traditional law teaching on the European continent also consists of book exams in which a student is given five to ten books to read and then asked to write essays or solve cases on the basis of those books.

In this essay, I claim that not only is traditional law teaching not the best possible method, but that it is downright detrimental to the profession's development and keeping abreast with competing professions. Just like representatives of university leadership and ministries of education everywhere, I argue for activating methods of teaching. These include research-based teaching, training students in how to read, write and speak in public and cooperating with others through teamwork.

I will begin (section II) with a brief historical introduction to law teaching on the continent, comparing continental experiences with their natural reference point, the common-law world (section III). Since the essay concentrates on the need for development on the continent, common law will otherwise be mostly left out of the discussion. Section IV will wrap up the discussion and adumbrate my essential points.

My point of view is, of course, based on my own experiences as a Finnish law professor, who in recent years has been active on the international legal history scene as well. I am drawing on my personal knowledge of law teaching in many other European countries, but, needless to say, I will be making broad generalizations, which may not do justice to all law faculties on the European continent.

II. A Very Brief History of Legal Teaching in the West

European legal scholarship has gone through radical changes in the last 200 years. In fact, legal scholarship, or "legal science" as it is called in the languages of continental Europe, as a scientific endeavour and not a mere arts was established during these two centuries. This is important because legal science influences the way law is taught. The relationship between academic understanding of law and law teaching is not a simple one, however, and the changes in scholarship do not automatically alter the methods of teaching. This is because factors other than scholarship, such as trends of and developments in pedagogy and changes in the legal profession, influence teaching as well.

Ancient Rome knew no universities. Instead, lawyers were trained in an apprenticeship system. Later, towards the late classical period, law teaching was organised into law schools of, for instance, Constantinople and Beirut. These law schools were not, however, teaching institutions in the modern sense of the world, but conglomerations

of like-minded lawyers who transmitted knowledge of legal theory to those willing to learn the trade.¹ Even textbooks were used: the best known is the *Institutiones* of Gaius (ca. 160 AC), a professor at the Constantinople Law School. Roman law, as is well known, was not based on theories or abstractions, but was much more about finding practical solutions to practical legal problems. An apprenticeship system, and later schools, fitted this conception of law logically. Legal education continued throughout the Middle Ages in the law schools of Beirut, Constantinople and Pavia.²

Academic law teaching – that is, teaching based on research – began with the emergence of the Western university in late eleventh-century Bologna. Legists, or scholars of Roman law, concentrated their scholarly efforts on the Digest (the most important part of the *Corpus Iuris Civilis*, a compilation of law from the 560s AC), while Gratian's *Decretum* became the authoritative source of ecclesiastical law soon after its completion, probably in the 1130s.³ These were also the texts that were taught to students, while the teaching methods were the same as in the other two medieval faculties, those of theology and philosophy. The main teaching method at Bologna was the lecture: the teacher read the text and made comments on it. Repetitions were organized to concentrate on the most difficult subjects touched upon in the ordinary lectures. The third important teaching method was the *disputatio*, in which both students and teachers regularly engaged.⁴

According to the medieval conception, knowledge was a ready-made package, the contents of which could be learned from the authoritative sources of each discipline. Critical thinking was not part of the package. As law was concerned, the *Corpus Iuris Civilis* and the *Decretum* entailed all of the wisdom which had to be transmitted. Teaching, disputations included, was geared not only to learning the contents of the authoritative works but also to explaining away the inherent contradictions in those works.

Although Renaissance humanism and rationalistic natural law both added critical momentum to legal research, the basic methods of legal education did not essentially change until the nineteenth century. The Academy of Turku in the eastern part of the Swedish realm may serve as an example.⁵ The statutes of the Academy from 1640, remaining in force until 1852, established that all acade-

¹ On the Roman law schools, see, e.g., Olga Tellegen-Couperus, *A Short History of Roman Law* (London and New York: Routledge, 1993), 95.

² On the law schools of Beirut and Constantinople, see Hans Hatdenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte* (Heidelberg: Müller, 1999), 122-123; on legal education in Pavia, see Charles Radding, *The Origins of Medieval Jurisprudence: Pavia and Bologna 850-1150* (New Haven: Yale University Press, 1988).

³ See, e.g., Anders Winroth, *The Making of Gratian's Decretum* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).

⁴ H. Rashdall, *The Universities of Europe in the Middle Ages* (Oxford: Clarendon Press, 1936), 218-219; and Manlio Bellomo, *L'Europa del diritto comune* (Roma Il Cigno Galileo Galilei, 1989).

⁵ Because of Finland's annexation by the Russian Empire in 1809, the Academy's name was changed to Imperial Alexander University.

mic teaching was to be given *docendo et disputando*, by lecturing and disputing. In the lectures, books specified in the statutes were read and explained. Teachers were to stick to the officially approved truths. The learning was based, as in the Middle Ages, on listening, speaking and memorising. In the humanist spirit, however, more emphasis was laid on eloquence and a clear voice.⁶ Disputations continued to be an important method of teaching, the ideal being that anyone should be able to defend any thesis.⁷

If Bologna represented the first Big Bang of academic law teaching, the second one took place in early nineteenth-century Berlin. With Wilhelm von Humboldt as Prussian Minister of Justice, a new university was founded in 1810 in Berlin. The new 'Humboldtian' educational ideal established a close union between research and teaching, an ideal which has remained the ideological backbone of Western universities ever since. Not surprisingly, the young Friedrich Carl von Savigny was recruited as Professor of Legal Science in the University. His investigations had already redirected the course of German private law,⁸ and in a truly Humboldtian spirit Savigny endorsed the importance of the students' independent resource on historical sources. Savigny indeed followed the latest wave of pedagogy of his time.⁹

Savigny's idea of actively involving law students in research work did not, however, represent a commonplace of legal education in the nineteenth century. If law teaching was otherwise informed by the latest educational ideals, internal development of law also had an effect on teaching. In the early part of the nineteenth century, Savigny and his followers caused a large-scale change in legal science. Heterogenous elements of the *ancien régime* law were now arranged into a coherent system, perfected by Savigny's pupils such as Georg Friedrich Puchta into constructive jurisprudence. The historical roots of law, so central to Savigny, gradually lost their importance, whereas the idea of a legal system became central. Law was now legitimate, because it was based on parliamentary decisions, not because it was an historical product. Before the 1800s, it had been practically impossible to understand law without some knowledge of the theological and moral arguments enmeshed in it. The revolution of constructive jurisprudence meant that law came to be understood as an autonomous system, in principle independent of other normative systems such as theology and morals.

This revolution inevitably influenced law teaching. For instance, in Finland, law students had required a previous degree in the Philosophy Faculty until 1894. From that year onwards, law became a completely independent discipline, and no previous studies in philosophy were

required. In the judicial ideology of the time, the judge had become a passive 'subsumption automataton',¹⁰ a 'bouche de la loi'.¹¹ Conceptual jurisprudence thus supported a particular method of learning law more or less by heart, and the teaching backed up the vision of constructive jurisprudence of the judge as passively applying the law.

Constructive jurisprudence has been increasingly criticised since the late nineteenth century for its uninterest in social reality, with critics such as Rudolph von Jhering and the *Freirechtsschule* attempting to accommodate law into a rapidly-changing society. New paralegal disciplines of legal sociology and criminology reflected the same tendency.¹² The new, active welfare state seemed to require another kind of law, a kind that would be able to take part in the social responsibility resulting from industrialization, urbanization, and increasing crime.

It is therefore no wonder that the traditional legal teaching soon came to be criticised. In Finland, the prominent professor of criminal law, Allan Serlachius, observed that graduating lawyers were inadequately trained and expressed themselves poorly, both orally and in writing.¹³

However, the changes in legal ideology took some time to be reflected in the legal education. In Finland, the criticism did not start until the 1960s and 1970s, the decades of the building of the social welfare state. The Committee on the Reform of Legal Education issued a report in 1973 emphasising the changes that had taken place in legal work. The proportion of lawyers working in the public sector had grown enormously from the 1950s onwards. The widespread belief in social planning and the new active role of the state as the distributor of economic and social welfare had imposed expectations on the legal profession. Knowledge about law no longer sufficed: legal education needed to provide a basic understanding of the empirical social sciences as well. Interestingly, the Committee also recommended that law students be trained in critical argument. Legal education was to be organised around social phenomena as 'problem-based'. The Committee called for activating seminars and group work instead of the traditional lectures and book exams.¹⁴

Since the 1980s, the welfare state has been in a continuing state of being dismantled in most Western societies, including Finland. Contrary to what one might believe, the pressures on the traditional mode of law teaching have not diminished. As managerial ideals have replaced welfare state ideals, the responsibility of the civil servant for his or her work has increased even more. The continuing internationalisation and Finnish membership of

⁶ See Matti Klinge, Rainer Knapas, Antto Leikola, John Strömberg, *Helsingin yliopisto 1640–1990: Ensimmäinen osa, Kuninkaallinen Turun Akatemia 1640–1808* (Helsinki: Otava, 1987), 355–359.

⁷ Klinge et al., 384–397.

⁸ See Hans Hattenhauer, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts* (Munich: Beck, 2000), 50–54.

⁹ On Savigny's teaching ideas, see Marju Luts, *Juhuslik ja isamaaline: F. G. v. Bunge provintsiaalõigusteadus* (Tartu: Juridicum, 2000), 112–115.

¹⁰ Regina Ogorek, *Vom Richterkönig zum Subsumtionsautomat: Zur Justiztheorie des 19. Jahrhunderts* (Frankfurt am Main: Klostermann, 1986).

¹¹ Montesquieu, *L'esprit des lois*, book XI.

¹² Heikki Pihlajamäki, "Against Metaphysics in Law," *American Journal of Comparative Law* 52:2 (Spring, 2004), 469–487.

¹³ Allan Serlachius, "Nuorten lakimiestemme koulutus," *Lakimies* 1915, 121, 128.

¹⁴ Oikeustieteellisten opintojen uudistamiskomitean mietintö KM 1973:30 (The Committee on the Reform of Legal Education), 53–55.

the European Union have increased demands on public sector lawyers.¹⁵ And most importantly, the proportion of legal professionals in the public sector has dramatically decreased. Only about a third of recently graduated lawyers find work in the public sectors, and big law firms are now aggressively recruiting many of the best students before they ever find the time to set foot in any other branch of law. What is big depends on the size of the country: whereas in Finland a big law firm in the 1980s had more than 10 lawyers, the 4-5 biggest firms now have 100-200 each. In big countries, the figures are greater, many multinational law firms with headquarters in the United States or England now having thousands of lawyers on their payrolls.

Not only do big law firms contribute to the structural changes in the legal sector more than any other single factor, but they also affect legal culture, for their part putting continental law teaching under increasing pressure. There are many aspects to this. First, even if continental law firms are not always offshore branches of Anglo-American firms, all international legal firms share some features of legal culture. The predominance of international commercial law firms inevitably changes the continental prototype of a legal professional, from the traditional judge-type to the common law lawyer-type. Inevitably, the traditional continental model of a legal professional as a judge or a civil servant is becoming increasingly outmoded. An ever larger number of law graduates find work in the big law firms, since these jobs with promises of high income are also much more sought-after than comparatively low-paid jobs in the public sector. Secondly, international law firms are the main proponents of international *lex mercatoria*.

It goes without saying that Anglo-American LL.M. degrees cannot completely replace domestic law teaching. Because of the distrust in the adequacy of domestic law teaching, however, it is often taken as a requirement that the new lawyers, in addition to a domestic degree, hold an Anglo-American LL.M. degree, preferably from an American university. This is certainly not only because of a felt inadequacy in local law teaching: virtually the only language of international business, an excellent command of English is a necessity for anyone wishing to make a career in one of the big law firms.

The changes in the prototype of a legal professional inevitably make new demands on legal teaching. In the traditional continental legal world with the judge or a civil servant as its prototype, negotiating skills and rhetorical ability played a much smaller role than in the new situation. Legal professionals, judges and civil servants included, have always needed to be able to write, but the continental judges have traditionally expressed themselves in a much more formulaic and impersonal way, compared to common law judges. Colourful expressions and personalized expressions have typified common law judges, whose decisions have served as the paramount legal source in those systems. Continental judges, by contrast,

have prided themselves on being only the “mouthpiece of the law” and continental court decisions are much less based on court decisions as a legal source.¹⁶ Ideally, court decisions have been based on formulae to the extent that young judges have taken pains to learn their trade and the expressions to be used from judges’ manuals and from the way their senior colleagues have done the job à la *stylus curiae*. It is clear that traditional development of the writing skills of the continental judge have not needed to play any major role in the training offered by the law faculties. Just learning the law has sufficed.

The transformation of the continental legal profession has naturally coincided with a transformation of educational ideas in general. Active participation, group work, new kinds of reading, writing and negotiating skills are the order of the day not only in the law faculties but in all university teaching. Whether these demands have turned into problem based learning (PBL), research-oriented learning or anything else, is not the issue here. Large amounts of educational scholarship have appeared in recent decades to show that activating methods do make a difference and teach students better. What all these ‘new’ trends in university pedagogy share is the conviction that in order to learn better and in more depth, the students need to be more actively engaged in the learning process than has been the case in traditional law teaching on the continent.¹⁷ It is not only a matter of these new methods being trendy – they are also based on a substantial and ever-increasing body of educational research.

In recent years, the traditional European legal education has thus become a subject of mounting criticism. Traditional legal teaching based on book-reading, mass lectures and strict boundaries between the different legal disciplines has begun to seem increasingly outdated from the point of view of at least some teachers and students – as well as the labour market. The importance of fostering critical thinking in students has emerged as fundamentally important. International cooperation per se requires more competent lawyers than before.

The traditional way of teaching law was established to correspond to other legal ideas than the modern ones. Law is no longer conceptualised as a closed pyramid within which correct solutions to legal problems follow automatically when rules are correctly applied. Lectures based on passive listening and examination based on learning the material by heart seem far from satisfying.

How do these trends relate to law teaching in the common-law world? My claim is that common-law teaching, especially in the United States, has been able to respond to the modern demands better than its continental counterpart because of its traditionally activating method. Indeed, although the American model can hardly be copied as such and although educational scholarship has a lot to offer to continental teaching quite apart from the

¹⁵ Jari Stenvall, *Käskyläisestä toimijaksi* (Tampere: Tampereen yliopisto, 2000).

¹⁶ Jean-Louis Goutal, “Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the USA,” *American Journal of Comparative Law* 1976:24, 43–72.

¹⁷

American model, the traditional common law teaching indeed has something to give to the continental law faculties.

Next, I will provide a brief historical overview of American law teaching. What I am basically claiming is that the case method of law teaching developed by Christopher Columbus Langdell in the late nineteenth century is still alive and well. It has survived many schools of legal thought because it was established at the right moment and with no serious rivals. This, of course, is not the whole story of American legal education, and I do not mean that American legal education has not developed since the days of Langdell. This is a simplification for comparative purposes, my primary focus being on contemporary continental legal teaching.

III. Christopher Columbus Langdell and the Establishment of Modern Law-Teaching in the United States

The tradition of Anglo-American legal education differs considerably from the continental tradition, the biggest difference being the lack of universities in the common-law world. Comparable to that of ancient Rome, an apprenticeship system organised in the Inns of Court was in use in England and later the United States from the Middle Ages to the nineteenth century. Although law was taught in the Universities of Oxford and Cambridge from the late twelfth century, the training was limited to canon law and admiralty law. Common-law lawyers were trained by apprenticeship until the first half of the nineteenth century, when law teaching began to change both in England and the United States. I will now, however, concentrate on the latter and leave the English developments aside.¹⁸

The crucial change in American legal education was the invention of the law schools, the first of which was established at Harvard University in 1836. The development of American legal education cannot, however, be understood apart from American legal thinking. The basic ideology of antebellum American legal thinking was natural law. Joseph Story, for instance, thought that law, like natural sciences, consisted of an immutable set of principles reflected in court decisions. The common law was flexible but, guided by its principles, always applied anew to the constantly changing circumstances.

Teaching in the first American law schools had first been organised on the model of the German lecture courses.¹⁹ The basic teaching method was thus 'the written lecture,' which basically meant that the teacher lectured on the basis of a textbook, the appropriate passages of which the students were expected to have read beforehand. The significance of legal cases was that the legal principles were

extracted from them; other than that, the cases were not essential to teaching.²⁰

Christopher Columbus Langdell stands out as the most important reformer of American law teaching. He was also the father of the case method, although it has been shown that Langdell had his predecessors. The Socratic dialogue, which later became the trade mark of the Langdellian method, was used by some teachers in the antebellum period.²¹ Langdell developed the case method in 1870, when serving as the Dean of Harvard Law School. Law was studied with the help of real court cases, especially appeals cases, and the arguments advanced in them, and the cases were discussed in the classroom using the Socratic dialogue.

From the 1880s to the 1910s, the case method spread from Harvard to most major law schools of the United States.²² The method also spread to medical schools, in which teaching had been based on long theoretical lectures. At the beginning of the twentieth century, the case method was also employed at the Harvard Business School, in which it is still used. The case method thus survived all of the twentieth century, and most American law teachers continue using it in one form or another.²³

The Socratic method has been used extensively since its inception. In ancient Greece, Socrates posed his students problems and using questions helped them to investigate their presuppositions and values, and the limits of knowledge.²⁴ The modern version of the Socratic method pays simultaneous attention to the growth of knowledge and the development of argumentative skills, leading students to draw their own conclusions, generalise and apply learned principles to new cases. The teacher often poses counter questions and conflicting suppositions, especially when the student's arguments seem unconvincing.²⁵

The Socratic method has been criticised for placing a heavy burden on the student, who has to confront the teacher in front of fellow-students. When this is done, the method, however, not only develops argumentative skills, but also the ability to withstand pressure and sharpens reasoning.²⁶ The Socratic dialogue is intended to train critical lawyers capable of independent argumenta-

¹⁸ See R. Cocks, 'That Exalted and Noble Science of Jurisprudence': The Recruitment of Jurists with "Superior Qualification" by the Middle Temple in the Mid-Nineteenth Century', *The Journal of Legal History* 20:2 (1999), 62-94.

¹⁹ On the German influence on early nineteenth-century American legal thinking, see Mike Hoeflich, 'The Transatlantic Friendships and the German Influence on American Law in the First Half of the Nineteenth Century', *The American Journal of Comparative Law* 35 (1987), 599-611.

²⁰ William LaPiana, *Logic & Experience: The Origin of Modern American Legal Education* (New York and Oxford: Oxford University Press, 1994), 48-49.

²¹ LaPiana, 55.

²² LaPiana, 148-152; Howard Schweber, 'The "Science" of Legal Science: The Model of the Natural Sciences in Nineteenth-Century Legal Education', *Law and History Review* 17:3 (1999), 421-466.

²³ This does not mean, of course, that the method has never been criticized. Legal realists, for instance, thought that the case method paid too much attention to cases and to traditional branches of law. See LaPiana, 168. See also Kronman, 154-159, who thinks that the method produces conservative lawyers fond of detail.

²⁴ Maggi Savin-Baden, *Problem-Based Learning in Higher Education: Untold Stories* (Buckingham: Society for Research into Higher Education, 2000).

²⁵ Kirsti Lonka, 'Syntynyt johtajaksi? Uusia oppimisen mahdollisuuksia', 112-113 in P. Castrén (ed.), *Viisas valta: johtamisen paradoksit* (Helsinki: WSOY, 2001).

²⁶ Anthony Kronman, *The Lost Lawyers: The Failing Ideals of the Legal Profession* (The Belknap Press, 1994), 110.

tion and with good rhetorical skills. In the background of this kind of thinking is a different ideal type of a lawyer from continental Europe in that the lawyer's prototype in the United States is not a judge or a civil servant, but a trial lawyer.

American formalism and continental European constructive jurisprudence have clear differences. Formalism, like the common law in general, was based on cases, whereas conceptual jurisprudence used Roman law and statute law as its raw materials. But they have obvious similarities as well. Both formalism and conceptual jurisprudence being legal are prerequisites of late nineteenth-century social modernization and laissez-faire capitalism. Both formalism and constructive jurisprudence were products of legal scholarship, which had created them to meet the needs of the modern world. Both strands of legal thought – not surprisingly and for similar reasons – became objects of mounting criticism in the early twentieth century.²⁷

The criticism in the United States was rooted in philosophical pragmatism, whose leading figures were Charles Peirce and James Dewey. Pragmatism fuelled the so-called American Legal Realism, which consisted of a heterogeneous group of writers in the 1930s. What was common to them all was that they rejected the classical legal thinking of the late nineteenth century, i.e., Langdellian formalism.²⁸ Pragmatism showed in the instrumental attitude that realist scholars and judges held towards legal doctrines and rules. Legal logic and conceptual thinking was not important for realists as such. Since rules and doctrines had to be judged by their worth as a working social tool,²⁹ realism was a legal variant of philosophical pragmatism.³⁰

Although some legal realists in the 1920s and 1930s were not at all enthusiastic about case method teaching,³¹ most realists were reluctant to abandon it. For Max Ra-

din and Herman Oliphant, the case method provided an excellent means of developing a critical attitude towards law in students, since case teaching could demonstrate how law consisted of uncertainties and contradictions.³²

Langdell introduced his educational reform at a moment which was beneficial to it from the point of view of the history of pedagogy. The timing helped case method teaching to survive even the legal realists. In the active welfare state of the twentieth and twenty-first centuries, the teaching methods developed in the nineteenth century provide skills still considered important.

One more point is worth mentioning, albeit briefly. The case method and the Socratic dialogue also survived the demise of formalism because the novel teaching methods accommodated well to the larger philosophical trend in the late nineteenth and early twentieth centuries. Philosophical pragmatism, based on the teachings of Charles Peirce and James Dewey, provided this context. Pragmatism is usually defined as a philosophical movement which regards both the meaning and the truth of any idea as a function of its practical outcome. The Langdellian teaching methods were not far removed from these ideals.

IV. Quo vadis, legal education?

If legal thinking developed in such a similar way in both Continental Europe and the United States, why did legal education change so drastically only in America? I think that American legal education benefited in a way from the shallowness of the tradition, having no strong traditional forces countering the new ideas introduced by Langdell and other reformers. By the time of Langdell, the continental teaching tradition had been introduced in American universities, but its reception was far from established. The reform itself was successful in that it has, despite its shortcomings, proved beneficial in training critical and skilled lawyers for a modern society. The same argumentative and rhetorical skills, along with other ones, still seem necessary for today's lawyers. In the United States, however, the critics achieved much more dominant positions within the legal academia than in Europe.

While the traditional teaching had longer roots in continental Europe, the changes in legal scholarship were smoother than in the United States. The critical movements never acquired such important positions as legal realism in the United States. However, we are still lacking the comparative knowledge concerning legal education in many countries to be able to explain the differences in the history of legal education on the Continent and in the United States adequately. Why, for instance, did Swedish legal education not change fundamentally, even though it was precisely in that country that the critical movement – the Scandinavian realists – managed to gain the upper hand? At the moment, I have no satisfying answer to this.

William Rumble, *American Legal Realism: Skepticism, Reform, and the Judicial Process* (Ithaca, 1968), 128.

³² Neil A. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence* (Oxford: Clarendon Press, 1995), 142.

²⁷ See, however, Heikki Pihlajamäki, 'Den rättsliga formalismen och dess kritiker: en synpunkt i den finska rättsvetenskapens utveckling i början av 1900-talet', *Retfærd* 1997, 50-67.

²⁸ The connection between pragmatism and case method teaching has recently been dated even before realists, as Bruce Kimball has noted the similarities between Peirce and Langdell. As was pointed out above, the two were contemporaries at Harvard. Peirce emphasised that the scientific community, through a continuing process of verification and falsification, aimed to perfect knowledge, although never achieving this. Langdell's teaching philosophy, so Kimball, was related to Peirce's ideas about the nature of scientific knowledge. Along the lines of the Peircian conception of science, Langdell was always prepared to correct and to change his own opinions about law, and he encouraged his students to act likewise. Bruce Kimball, "'Warn Students That I Entertain Heretical Opinions, Which They Are Not to Take as Law': The Inception of Case Method Teaching in the Classrooms of the Early C. C. Langdell, 1870-1883", *Law and History Review* 17:1 (1999), 57-144, 76.

²⁹ Friedman, 688-689; William Fisher III, Morton Horwitz, Thomas A. Reed (eds.), *American Legal Realism* (New York and Oxford: Oxford University Press, 1993), xiii-ix.

³⁰ On the influence of pragmatism on realists, see R. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory* (Ithaca and London: Cornell University Press, 1982).

³¹ Thurman Arnold wrote that the method was the most 'time-wasting system of studying law' that had ever been invented, and Karl Llewellyn called the case method 'a pseudo-Socratic monologue.' Jerome Frank, another leading realist, criticised the way casebooks had been compiled, claiming that, they should have contained the court records in their entirety and not just the appeals documents.

All this is not intended to glorify American legal education in its present form (although columns like this are intended to provoke, and I cannot imagine a better way of provoking European intellectuals than by saying something good about the United States). I have only attempted to provide some comparative background for the fact that mainstream legal education has remained so conservative and become so outmoded in continental Europe. American legal education, by contrast, was able to go through a considerable reform more than a century ago – and, largely because of this, seems still to respond better to modern challenges.

At least in some Continental countries, however, new winds are blowing in legal education. Problem-based learning has already been one of the most important directions of reform in law teaching for a couple of decades. Law studies, at least in the universities of Maastricht and Rotterdam (Netherlands), Uppsala (Sweden) and Copenhagen (Denmark), are organised in a problem-based way already, and the Law Faculty at Helsinki (Finland) have plans to move in a similar direction. International competition is forcing the law schools to do something about their teaching. Universities and law faculties are taking pains to ensure that they can recruit not only the best domestic students but also the cream of the crop from other countries. This is necessary if they wish to ensure the quality of their scholarship, which would be used to attract good students – and so on. Domestic competition is also an important argument. Judgeships still go to law graduates exclusively, but in many other labour market fields legal professionals face competition from other academic graduates. International law firms will always need domestic lawyers, but the presence of the best international law schools and faculties is increasingly sought after.

Competition thus drives legal education to do something about itself. This is harder to do in continental Europe now than it was in Langdell's America, because of the centuries-old teaching traditions. European traditions and legal history bind its law schools. As the nineteenth-century image of the lawyer as an automatic, neutral decision-maker legal ideology has been abandoned and the work of the lawyer has changed from the traditional lawyer-civil servant to a social engineer, managerial legal expert, or international business lawyer, the more glaring the shortcomings of traditional legal education have become.

Autorenverzeichnis und Vorschau

Chritiane Grieb (UCL), Dipl.-Jur., LLB, MPhil, PhD (HST) is a jurist and historian. She received her legal education with a major in criminal and international criminal law in Göttingen, Galway and London, UK. Her current research interests cover the history of international criminal law, the politicisation of war crimes trials, foundations of modern legal systems and modern European history.

Urs Hausmann, promovierte 1996 als Volkswirt an der Universität St. Gallen. Seither arbeitet er als Berater bei der Wüest & Partner AG in Zürich und wirkt zudem an mehreren Hochschulen als Lehrbeauftragter für Regionalökonomie und Raumplanung. Gegenwärtig ist er Doktorand an der Law School der Universität St. Gallen.

María José Jiménez Díaz, tenured professor of Criminal Law at the University of Granada. She belongs to the Investigation Group “Criminal Law Professors of the University of Granada” and is presently a collaborator and researcher of the Research Project of Excellence “Legal treatment of fraud in sports”.

Arnd Koch ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Risiko- und Präventionsstrafrecht sowie Juristische Zeitgeschichte an der Juristischen Fakultät Augsburg.

Daniela Kraus studierte Europäische Kulturgeschichte und Geschichte Westeuropas an den Universitäten Augsburg, Pisa, Kassel und Bern. Sie war Stipendiatin der Gerda Henkel-Stiftung und promovierte 2011 an der Universität Augsburg zur frühneuzeitlichen Kriminalitätsberichterstattung. Derzeit arbeitet sie als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Herder-Institut für historische Ostmitteleuropaforschung in Marburg.

Heikki Pihlajamäki, Professor of Comparative Legal History, Faculty of Law, University of Helsinki.

Yolanda Quesada Morillas, post-doctoral fellow at the Excellence Cluster The Formation and Transformation of Space and Knowledge in Ancient Civilizations (FU Berlin).

Xavier Rousseaux, Directeur de recherche FRS-FNRS, Centre d’histoire du droit et de la justice, Université catholique de Louvain.

Julia Siebenhüter studiert an der Universität Augsburg Rechtswissenschaft. Sie ist Stipendiatin der Studienstiftung des Deutschen Volkes und des Max-Weber Programms Bayern.

Carolyn Stenz, Studium der Geschichte und Wissenschaftsgeschichte in Bielefeld und Paris (EHESS) mit einer Abschlussarbeit zur Polygraphie in der Bundesrepublik Deutschland. Seit Anfang 2013 freies Doktorat im Bereich Zeitgeschichte bei Jörg Requate (Uni Bielefeld) zum Thema Verantwortung in Zivil- und Strafrecht 1950 bis 2000, Aufenthalte in Frankfurt/Main und an der ETH Zürich. Ab Herbst 2014 Zusatzstudium Wirtschaftsrecht.

Rechtskultur steht Autoren aller einschlägigen Wissenschaftsdisziplinen ohne Ansehen des universitären Status offen. Kriterien sind allein Themenbezug und Qualität eines Aufsatzes

Die nächsten Themenhefte der jährlich erscheinenden Zeitschrift werden folgende Themenfelder behandeln:

Wirtschaftsrechtsgeschichte (2015)

Kolonialrechtsgeschichte (2016)

Rechtsrezeption (2017)

Redaktionsschluss ist jeweils der 30. Juni.

Rechtskultur is open to authors of all recognized areas of study irrespective of their university status. All that matters is that an article be of very high quality and in tune with the theme of the respective journal

Future topics of the annual journal will be:

History of commercial law (2015)

History of colonial law (2016)

Reception of Law (2017)

The deadline for submissions is June 30th.

Rechtskultur est destinée aux auteurs de toutes les disciplines scientifiques pertinentes, sans considération de leur statut universitaire. Les seuls critères sont le lien avec le thème du cahier et la qualité de l'article

Les prochains cahiers thématiques de la revue annuelle traiteront des thèmes suivants :

Histoire du droit économique (2015)

Histoire du droit colonial (2016)

Réception du droit (2017)

La date de clôture de rédaction est chaque fois le 30 juin.

Bereits erschienen

Rechtskultur 1 (2012): Justizgeschichte des Bürgerlichen Zeitalters / Legal history of the Bourgeois Era / Histoire de la justice à l'époque Bourgeoise; ISBN: 978-3-86646-409-4; 49,00 Euro

Rechtskultur 2 (2013): Methode der Rechtsgeschichte und ihrer Nachbarwissenschaften beim Umgang mit rechtshistorischen Quellen / Which methods do legal history and related areas of study use with their sources? / Méthode de l'histoire du droit et des disciplines connexes quant au traitement des sources de l'histoire du droit; ISBN: 978-3-86646-417-9; 49,00 Euro

Rechtskultur Wissenschaft

Band 1; Martin Löhnig, Die Justiz als Gesetzgeber: Zur Anwendung nationalsozialistischen Rechts in der Nachkriegszeit; 2010; ISBN: 978-3-86646-401-8; 29,90 Euro

Band 2; Martin Löhnig (Hrsg.), Zwischenzeit: Rechtsgeschichte der Besatzungsjahre; 2011; ISBN: 978-3-86646-403-2; 39,00 Euro

Band 3; Lena Stern, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung; 2011; ISBN: 978-3-86646-404-9; 39,00 Euro

Band 4; Ricardo Gómez Rivero, Die Königliche Sanktion der Gesetze in der Verfassung von Cádiz; 2011; ISBN: 978-3-86646-405-6; 39,00 Euro

Band 5; Ignacio Czeguhn/Sánchez Aranda (Hrsg.), Vom Diener des Fürsten zum Diener des Rechts: Zur Stellung des Richters im 19. Jahrhundert; Del servicio al Rey al servicio de la Justicia: el cargo de juez en el siglo decimonónico; 2011; ISBN: 978-3-86646-406-3; 39,00 Euro

Band 6; Achim Geisenhanslüke/Martin Löhnig (Hrsg.), Infamie - Ehre und Ehrverlust in literarischen und juristischen Diskursen ; 2012; ISBN: 978-3-86646-407-0; 30,00 Euro

Band 7; Georg Heiß, Dr. Karl Friedrich Ritter von Heintz - Königlich Bayerischer Staatsminister der Justiz 1848/49 Leben und Wirken, 1. Auflage 2012; ISBN: 978-3-86646-408-7; 49,00 Euro

Band 8; Hans-Georg Hermann/Hans-Joachim Hecker (Hrsg.), Rechtsgeschichte des ländlichen Raums in Bayern, 1. Auflage 2012; ISBN: 978-3-86646-410-0; 39,00 Euro

Band 9; Antonio Sánchez Aranda/Martin Löhnig (Hrsg.), Justizreform im Bürgerlichen Zeitalter - Rechtsentwicklungen in Spanien und Deutschland, 1. Auflage 2013; ISBN: 978-3-86646-412-4; 35,00 Euro

Band 10; Alexandra Maier, Geschiedenenunterhalt in Deutschland im 19. Jahrhundert, 1. Auflage 2013; ISBN: 978-3-86646411-7; 49,00 Euro

Band 11; Franz Birndorfer, Der erstinstanzliche Prozessalltag 1938 bis 1949 anhand der Ehescheidungsakten

des Landgerichts Amberg, 1. Auflage 2013; ISBN: 978-3-86646415-5; 59,00 Euro

Band 12; Nikolas Smirra, Die Entwicklung der Strafzwecklehre in Frankreich - Vom Vorabend der Revolution bis zum Ende des 1. Weltkrieges, 1. Auflage 2014; ISBN: 978-3-86646-418-6; 49,00 Euro

Band 13; Markovic Dejan, „Nicht erforderlich, überspannt, bürokratisch und daher verfehlt“? Beschränkungen der Verfügungsbefugnis über landwirtschaftliche Flächen in Bayern im 20. Jahrhundert, 1. Auflage 2014; ISBN: 978-3-86646-419-3; 49,00 Euro

Band 14; Löhnig/Czeguhn (Hrsg.), Die spanische Verfassung von 1812: Der Beginn des europäischen Konstitutionalismus; La Constitución española de 1812: El comienzo del constitucionalismo europeo; 1. Auflage 2014; ISBN: 978-3-86646-421-6; 49,00 Euro

Band 15; Sonnenschein Manuela, Entnazifizierung nationalsozialistischen Arbeitsrechts - Die Rechtsprechungstätigkeit nord-rhein-westfälischer Arbeitsgerichte 1945-1949, 1. Auflage 2014; ISBN: 978-3-86646-423-0; 39,00 Euro

Band 16; Löhnig/Preisner/Schlemmer (Hrsg.), Krieg und Recht - Die Ausdifferenzierung des Rechts von der ersten Haager Friedenskonferenz bis heute, 1. Auflage 2014; ISBN: 978-3-86646-424-7; 49,00 Euro

Edition Rechtskultur

Harald Derschka, Rainer Hausmann, Martin Löhnig (Hrsg.); Festschrift für Hans-Wolfgang Strätz zum 70. Geburtstag; 2009; ISBN: 978-3-86646-400-1; 198,00 Euro

Hans-Jürgen Becker; Aspekte weltlicher und kirchlicher Rechtskultur - Ausgewählte rechtshistorische Aufsätze, 2014; ISBN: 978-3-86646-425-4; 179,00 Euro

Leserservice & Bestellungen

www.Edition-Rechtskultur.de
eine Reihe der H. Gietl Verlag & Publikationsservice GmbH, Regensburg
E-Mail: info@Edition-Rechtskultur.de
Fax: ++49 (0)9402/9337 - 24
Tel. ++49 (0)9402/9337 - 0

Impressum

Verlag: Edition Rechtskultur in der H. Gietl Verlag & Publikationsservice GmbH, Pfälzer Str. 11, 93128 Regensburg

Herausgeber: Ignacio Czeguhn - Lukas Gschwend - Dirk Heirbaut - Martin Löhnig - Antonio Sánchez Aranda

Redaktion: Lehrstuhl Prof. Dr. Martin Löhnig, Universität Regensburg, rechtskultur@ur.de

Satz & Layout: Simon Naczinsky, Thomas Hornberger (Regensburg)

Übersetzungen: Dr. Sylvie Brahy LL.M. (Regensburg), Dr. Saskia Lettmaier, BA (Oxford) LL.M. (Harvard)

ISBN: 978-3-86646-427-8 Preis: 49,- Euro

Aboservice: info@edition-rechtskultur.de; H. Gietl Verlag & Publikationsservice GmbH, Pfälzer Str. 11, 93128 Regensburg, Tel.: +49 9402 9337 0, Fax: +49 9402 9337 24

www.edition-rechtskultur.de

© Edition Rechtskultur 2014

